

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

**FACULTAD DE DERECHO**

**Departamento de Derecho del Trabajo**



**TESIS DOCTORAL**

## **Despidos discriminatorios antisindicales**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR  
PRESENTADA POR

**Gloria Guevara Uribe**

DIRECTOR:

**Manuel, 1924-2003, dir Alonso Olea**

**Madrid, 2015**

nd 39111  
7E 1432

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID  
Facultad de Derecho

"DESPIDOS DISCRIMINATORIOS ANTISINDICALES"  
Tesis doctoral



Presentada por:  
GLORIA GUEVARA URIBE

Dirigida por:  
DR. MANUEL ALONSO OLEA

## S U M A R I O

DEPARTAMENTO  
DERECHO DEL TRABAJO

- Presentación
- Índice
- Capítulo I - El principio de igualdad ante la ley
- Capítulo II - La libertad sindical y el derecho de  
sindicación.
- Capítulo III - Los poderes empresariales en la  
relación de trabajo.
- Capítulo IV - Despidos discriminatorios antisindi-  
cales.
- Conclusiones
- Bibliografía.

Sean las primeras líneas de agradecimiento al Dr. Manuel Alonso Olea, su dirección en este trabajo ha sido un gran estímulo en el orden personal y profesional. La amable y generosa atención que me ha dispensado han permitido realizar este estudio con ilusión y el permanente deseo de correspondencia, a través del intento de lograr aporte en la materia tratada. Su capacidad de entrega, una vez más, ha traspasado fronteras llegando, en este caso, incluso a contemplar aspectos de la lejana realidad peruana como asunto próximo y de común interés, por lo que le expreso mi mayor reconocimiento con cálida gratitud.



PRESENTACION

El presente estudio tiene como objetivo abordar el tema - de los despidos discriminatorios como expresión grave de conductas violatorias de los derechos fundamentales de igualdad ante la ley, traducido en las relaciones laborales como derecho básico de igualdad de trato, y el de libertad sindical en su ejercicio individual.

Los tres primeros capítulos de este trabajo pretenden analizar las premisas sobre las cuales ha de ser tamizado el cuarto y último cuya denominación responde precisamente al tema central - del estudio; de ahí que en aquéllos se haya procurado cierto determinismo en los comentarios de los alcances e incidencias de los - temas que contiene, en tanto constituyen derechos fundamentales involucrados en las relaciones laborales, que han de conjugarse permanentemente sin perjuicio de su respectiva delimitación y autonomía; en tal medida, sugerirán algunas de las conclusiones finales que, en todo caso, son parte de las que en realidad son las centrales de esta investigación.

El capítulo final, considerando lo indicado, pretende la definición de los despidos discriminatorios antisindicales, en orden a sus elementos constitutivos, así como la determinación de - los factores incidentes en ellos; plantea las dificultades de previsión y prueba, y formula diversas medidas con las cuales, se sostiene, se obtendría mayor eficacia en su protección.

El desarrollo de este estudio toma como punto de referencia los reconocimientos universales y regionales de los derechos - vinculados a la presente materia, con los cuales están comprometidos los ordenamientos jurídicos de España y Perú; para ello, se -- abordan los enunciados pertinentes de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los instrumentos internacionales que corroboran y desarrollan sus principios y contenido, así como la doctrina formulada por la Organización Internacional del Trabajo a través - de su Comité de Libertad Sindical.

Consciente de las personales limitaciones para cuestionar con total idoneidad y cabalidad un ordenamiento jurídico ajeno, como en este caso resulta el español, se ha pretendido, con apoyo de los estudios especializados de sus nacionales, a través de un modesto sentido crítico, analizar el grado de adecuación y correspondencia de las normas legales vigentes respecto de los valores y principios que propugna su Constitución, con relación, siempre, a los derechos fundamentales implicados en nuestro tema.

El tratamiento del caso peruano tiene como motivación más objetiva la de compartir los esfuerzos desplegados en la búsqueda de una mayor coherencia de su ordenamiento jurídico con relación a la concepción constitucional expresada con motivo de su renovada vida democrática, así como observar, con sana y afectiva crítica, las incompatibilidades y deficiencias vigentes en su normativa laboral, proponiendo nuevas regulaciones para la aplicación del derecho de estabilidad laboral como vía indirecta de protección del libre ejercicio de los derechos sindicales, entre otros aspectos.

Se aspira en este estudio a lograr un aporte que constituya un acicate en la investigación del tema tratado, por quienes se estiman comprometidos con el desarrollo que exigen los derechos -- fundamentales de la persona y su protección dentro de lo que implica un Estado de Derecho, así como para quienes pueden descubrir en ello una vía para una forma superior de vida.

## INDICE

<u>CAPITULO I.- EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY</u>	<u>Pág.</u>
1.- El principio de igualdad en el ámbito interna- cional	1
1.1.- Declaración universal de Derechos Huma- nos.	1
1.2.- Pacto Internacional de Derechos Cíviles y Políticos.	4
1.3.- Pacto Internacional de Derechos Económi- cos, Sociales y Culturales.	
1.4.- Convenio Europeo para la protección de derechos humanos y libertades fundamen- tales.	5
1.5.- Carta Social Europea.	8
1.6.- Convención americana sobre derechos huma- nos.	8
1.7.- La Organización Internacional del Trabajo. Objetivo. Principios.	9
2.- El principio de igualdad en el régimen jurídico de España.	13
2.1.- En las disposiciones constitucionales	13
2.1.1.- En la jurisprudencia constitucio- nal.	23
2.2.- En las disposiciones legales. Ley 8/1980 de 10 de Marzo del Estatuto de los Trabajado- res.	25
2.2.1.- La no discriminación como derecho y deber laboral básico.	26
2.2.2.- La prohibición de discriminación en las relaciones laborales.	28
3.- El principio de igualdad en el régimen jurídico de Perú.	34
3.1.- En las disposiciones constitucionales	34
3.2.- En las relaciones de trabajo.	37
NOTAS Y CITAS BIBLIOGRAFICAS	43

CAPITULO II.- LA LIBERTAD SINDICAL Y EL DERECHO  
DE SINDICACION

	<u>Pág.</u>
I.- En el ámbito internacional	47
1.- La Declaración Universal de Derechos Humanos.	47
2.- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.	48
3.- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.	49
4.- Convenio Europeo para la protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales.	50
5.- La Carta Social Europea.	51
6.- Convención Americana de San José de Costa Rica.	52
7.- La Organización Internacional del Trabajo.	52
- Principios.- El Comité de Libertad Sindical y sus decisiones.	53
- Convenio n° 87 - sobre Libertad Sindical y protección del derecho de sindicación	54
- Convenio n° 98 - sobre Derecho de sindicación y de negociación colectiva.	59
- Convenio n° 135 - sobre protección y facilidades para los representantes de los trabajadores.	62
- Convenio n° 151 - sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública.	64

- Recomendación n° 119 - sobre terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador.	65
- Recomendación n° 143 - sobre protección y facilidades para los representantes de los trabajadores.	66
- Convenio n° 158 - sobre terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador.	68
- Resoluciones OIT en materia de libertad sindical y su protección.	69

II.- <u>En el régimen jurídico de España</u>	71
1.- Disposiciones constitucionales	71
1.1.- Ambito de aplicación	72
1.1.1.- Sujetos	72
1.1.2.- Capacidad.	75
1.2.- Objeto	76
1.3.- Contenido y alcance	78
1.3.1.- Creación de organizaciones sindicales	78
1.3.2.- Derecho de afiliación	80
Derecho de no afiliación	82
1.3.3.- Pactos de Seguridad Sindical	83
1.3.4.- La mayor representatividad de los sindicatos	89
1.3.5.- Limitaciones y excepciones	93
1.4.- La Autonomía Sindical	96
2.- La Ley de Asociación Sindical -LAS- de 1° de Abril de 1.977.	100
3.- Proyecto de Ley de Libertad Sindical. Comentarios.	103

III.- <u>En el régimen jurídico de Perú</u>	110
1.- Disposiciones Constitucionales	110
1.1.- Ambito de aplicación	112
1.2.- Contenido y Alcances	113
1.3.- Caso de los Funcionarios Públicos y de los miembros de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas Policia- les.	116
2.- Disposiciones legales sobre libertad sindical y derecho de sindicación.	118
2.1.- Antecedentes	118
2.2.- Decreto Supremo n° 009 del 3 de Mayo de 1.961	119
2.2.1.- Constitución de Sindica- tos . Requisitos	120
2.2.2.- Constitución de organiza- ciones de grado superior	122
2.2.3.- La representación colecti- va y la dirigencia sindical.	122
2.3.- Ley n° 15171 del 9 de Octubre de 1.964	123
- NOTAS Y CITAS BIBLIOGRAFICAS	125

CAPITULO III.- LOS PODERES EMPRESARIALES EN LA RELACION DE TRABAJO

1.- El poder directivo, reglamentario y disciplinario del empresario	131
1.1.- El poder directivo empresarial	131
1.1.1.- Fundamento	131
1.1.2.- Definición	132
1.1.3.- Naturaleza jurídica	132
1.1.4.- Alcances y límites. Responsabilidades	134
1.1.5.- El ius variandi	136
1.2.- El poder reglamentario empresarial	138
1.2.1.- Definición	138
1.2.2.- Vinculación con otros poderes empresariales	139
1.3.- El poder disciplinario empresarial	140
1.3.1.- Fundamento	140
1.3.2.- Sujetos y ámbito de aplicación. Casos singulares.	141
1.3.3.- La sanción disciplinaria. Alcances	145
2.- En el régimen jurídico de España.	146
2.1. En las disposiciones constitucionales.	146
2.2.- En las disposiciones legales. El Estatuto de los Trabajadores.	150
2.2.1.- Reglas generales y complementarias	150-3
2.2.2.- Las potestades empresariales en la actividad laboral.	154
2.2.3.- Potestades y necesidades organizativas empresariales.	159
A) En el caso de movilidad funcional. Presupuestos. Limitaciones	159
B) En caso de movilidad geográfica. Clases. Requisitos. Efectos.	164
C) En caso de modificación de condiciones de trabajo. Requisitos. Regulación. Alcances.	168

D) Breve referencia a la Suspensión y extinción del contrto de tra- bajo por causa de fuerza mayor, causas económicas o tecnológicas.	170
2.2.4.- Potestades disciplinarias empresa- riales. Regulación	174
3.- En el régimen jurídico de Perú	175
3.1.- En las disposiciones constitucionales	175
3.2.- En las disposiciones legales,	
- Antecedentes y contexto legal	178
- Decreto Ley 22126. Presupuestos. Alcances Efectos.	178
NOTAS Y CITAS BIBLIOGRAFICAS	187



<u>CAPITULO IV.- DESPIDOS DISCRIMINATORIOS ANTISINDICALES</u>	189
1.- Los actos discriminatorios antisindicales	190
1.1.- Definición y elementos constitutivos	190
1.2.- Formas discriminatorias antisindicales en las relaciones laborales. Modalidades. Formas de expresión.	191
1.3.- Despidos discriminatorios antisindicales.	194
1.3.1.- Formas: Directo e Indirecto.	194
1.3.2.- Efectos del despido.	195
1.3.3.- Efectos del despido discriminatorio antisindical.	197
1.4.- La protección contra los actos discriminatorios.	200
1.4.1.- Ambito de aplicación.	200
A.- Cobertura general	201
B.- Cobertura específica	
1.4.2.- Situaciones y factores incidentes	202
A.- De orden interno	202
B.- De orden externo	203
1.4.3.- Medidas de protección. Modalidades	203
A.- De carácter preventivo	204
B.- De carácter curativo	205
C.- De carácter punitivo	206
D.- De orden procesal. La carga de la prueba. Garantías jurisdiccionales.	206
1.4.4.- Normas de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección contra los actos discriminatorios antisindicales	211
- Convenios nos. 87, 98, 111, 117 y 135	212-213
- Recomendación no. 143	214
- Criterios del Comité de Libertad Sindical	215

1.4.5.- Normas de la Organización Inter nacional del Trabajo sobre la - terminación de la relación de - trabajo a iniciativa del emplea dor.	216
- Convenio 158 OIT. Su incidencia respecto de los despidos discri minatorios antisindicales.	216
- Recomendaciones nos. 119 y 143 OIT.	220
2.- En el régimen jurídico de España.	222
2.1.- En las disposiciones constitucionales	222
2.2.- En las disposiciones legales.	223
2.2.1.- Los actos discriminatorios se- gún el Estatuto de los trabajadores.	223
2.2.2.- La extinción del contrato de tra bajo por decisión empresarial en el Estatuto de los trabajadores.	224
A.- Por causas económicas, tecnoló gicas y de fuerza mayor. Requisitos. Efectos.	225
B.- Por causas objetivas. Presupues tos. Efectos.	227
C.- Despido disciplinario. Causas Efectos.	228
2.2.3.- El despido discriminatorio anti- sindical directo en el contexto del Estatuto de los Trabajadores.	231
2.2.4.- La extinción del contrato de tra bajo por incumplimiento contrac tual del empresario y el despido discriminatorio antisindical indirecto.	234
2.2.5.- Protección de los representantes de los trabajadores.	236

2.2.6.- Criterios establecidos por la jurisprudencia constitucional. Breve comentario.	238
A.- Sentencia del Tribunal Cons <u>titu</u> titucional del 23 de Noviem <u>bre</u> bre de 1.981.	238
B.- Sentencia no. 78 del Tribu <u>nal</u> Constitucional del 20 - de Diciembre de 1.982.	241
2.2.7.- Otras medidas de protección contra los despidos discriminatorios an <u>ti</u> tisindicales. Garantías jurisdic <u>cion</u> cionales.	243
3.- En el régimen jurídico de Perú	247
3.1.- En las disposiciones constitucionales	247
3.2.- En las disposiciones legales.	249
3.2.1.- Enfoque del despido discrimina <u>to</u> rio antisindical en el contexto laboral peruano.	249
3.2.2.- Antecedentes. Breve referencia	250
3.2.3.- Régimen de Estabilidad Laboral según el Decreto Ley 22126	252
A.- Ambito de aplicación. Regla general	253
B.- Alcances y formas de despido	253
C.- Efectos del despido	254
D.- El despido discriminatorio antisindical frente a los alcances y efectos del D.L. 22126. Consecuencias y posibles previsiones.	256
E.- Actos de hostilidad. Regulación	258
F.- Carga de la prueba.	261
G.- Respecto de las causas económi <u>cas</u> cas, tecnológicas, caso fortuito	262

y de fuerza mayor para la terminación de la relación de trabajo

3.2.4. -	Otras medidas de protección contra el despido. Preventivas. Punitivas	263
-	Protección de los representantes de los trabajadores.	264
-	Efectos del despido del dirigente sindical	267
-	Garantías Jurisdiccionales.	269

NOTAS Y CITAS BIBLIOGRAFICAS	272
------------------------------	-----

CONCLUSIONES	275
--------------	-----

## CAPITULO I.- EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY

### 1. El principio de igualdad en el ámbito internacional

#### 1.1. Declaración Universal de Derechos Humanos

La igualdad constituye uno de los presupuestos fundamentales sobre el cual se exigen los principales derechos de la persona. Su reconocimiento a nivel internacional, como a nivel interno de múltiples ordenamientos jurídicos, ha merecido especial relevancia y atención. No obstante ello, a través del tiempo, se advierte la dinámica del concepto en cuanto al descubrimiento de sus alcances y progresiva delimitación. A efectos de su definición se toman diversos puntos de referencia, vale decir, la persona respecto del Estado, la persona respecto de sus semejantes, etc.; aún así, no se ha agotado la deseable precisión del término "igualdad" que continúa estimulando a estudiosos de diversas disciplinas. (1)

En la medida en la que el ser humano ha venido tomando progresiva conciencia de su condición y de los derechos que le son inherentes en orden a su naturaleza, la noción de "igualdad" se ha venido perfilando en el sentido que, la igualdad existente entre los seres humanos es justificación primordial de los derechos que le son reconocidos.

Hemos de tener presente los avances de nuestra época en cuanto al desarrollo y claridad de su visión, que se ha evidenciado en el reconocimiento universal de "Derechos Humanos"; ellos constituyen, en la actualidad, la brújula del pensamiento, quedándonos pendiente su desarrollo, hasta sus últimas consecuencias, como asunto de vital prioridad.

La Carta de las Naciones Unidas constituye un trascendente

reconocimiento internacional de los derechos humanos; en su preámbulo -apartado 2º- proclama la decisión de "...reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana..."; su artículo 3 -apartado 3- señala como -objetivo: "realizar la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto de los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos sin hacer distinción por motivos de raza, -sexo, idioma o religión"; esta finalidad es reiterada por el artículo 55, inciso c, que prevé la promoción del "respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, -sin hacer distinción..., y a la efectividad de tales derechos y libertades". Complementariamente, el artículo 56 establece: "Todos -los miembros se comprometen a tomar medidas..., para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55".

El carácter y alcance universal del principio de igualdad entre los ~~hombres~~ como formando parte de aquellos derechos, está - hoy plenamente reconocido. Aunque con honrosos precedentes, la Declaración Universal de Derechos Humanos constituye el más explícito instrumento jurídico y uno de los mejores frutos de numerosas, prolongadas y costosas experiencias humanas.

"La Declaración Universal de los Derechos del Hombre y los instrumentos jurídicos, tanto a nivel internacional como nacional, en un movimiento que es desear progresivo y continuo, tratan de - crear una conciencia general de dignidad del hombre y definir al - menos algunos de los derechos inalienables del hombre." (2)

La relación de derechos humanos proclamados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la Declaración Universal suscrita en París, el 10 de Diciembre de 1948, se basa en los presupuestos de libertad e igualdad en razón de la dignidad humana.

Así, en su preámbulo, primer considerando, señala:

"...que la libertad, la justicia y la paz en el mundo

tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales de todos los miembros de la familia humana".

La noción de igualdad se reproduce en el quinto considerando de la Declaración y, de forma más explícita aún, en su parte normativa, cuyo artículo 1º establece:

"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...".

Tal enunciado permite configurar "la igualdad ante la ley", conforme está prescrito a continuación, en el artículo 7º:

"Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción derecho a igual protección de la ley...".

Complementariamente, y a efectos de materialización de los derechos, a través del ejercicio de la acción, el artículo 10 dice:

"Toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial...".

Así, el instrumento en comentario sea que explicita el principio de igualdad, o que tácitamente lo inserta en sus diversos enunciados, de una u otra forma, lo tiene como presupuesto y sustento de todo su contenido, en razón, esencialmente, de la dignidad inherente a la persona humana (3).

En igual jerarquía se encuentra el principio de libertad, su existencia y reconocimiento con el de igualdad, serán la permanente orientación de los consensos internacionales.

## 1.2.- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Reviste singular relevancia, y posee carácter complementario y de desarrollo de las proclamaciones de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; firmado en Nueva York, el 16 de Diciembre de 1966 y con vigencia desde el 23 de Marzo de 1967.

Sobre la consideración de igualdad de derechos de "los -- miembros de la familia humana", en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, parte II, artículo 2, se conviene en respetar y garantizar los derechos allí reconocidos, en los términos siguientes:

"Sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión pública o de otra índole, origen - nacional social, posición económica, nacimiento o - cualquier otra condición social".

Vale decir, que los ciudadanos de los Estados partes del - Pacto gozan de los derechos que éste contiene en plena igualdad. - Lo que se reproduce en artículos siguientes a efecto del compromiso de garantizar dicha igualdad en el ejercicio y goce de los de-/  
rechos -artículo 4-. Incluso las situaciones extraordinarias, de - excepcional peligro, que autorizan la suspensión de las obligaciones contraídas en este Pacto, esto es, en calidad de medidas pre-/  
ventivas, quedan sujetas a disposiciones: "...que les impone el derecho internacional...", sin que ello entrañe discriminación alguna.

La eficacia del Pacto en comentario está prevista, en parte, en su artículo 14 en cuanto establece que:

- "1- Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley...
- 2- Durante el proceso, toda persona acusada de deli



to tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas..."

En razón de la coherencia que reviste el contenido del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el principio de igualdad se reproduce en las diversas situaciones a que se refiere; así, cuando extiende las medidas protectoras para el menor de edad con respecto a la familia, a la sociedad y al Estado, señala su otorgamiento "sin discriminación alguna..." -artículo 24-.

El cometido esencial del Pacto finalmente se explicita en su artículo 26 en los términos siguientes:

"Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

Para asegurar el mejor logro de los propósitos del Pacto -según lo señale el Considerando único, de su Protocolo Facultativo, también del 16 de Diciembre de 1966, se facilita al Comité de Derechos Humanos, establecido en la parte IV del Pacto, y se le reconoce competencia, para atender las comunicaciones y alegaciones de violación de los derechos que tiene enunciados.

### 1.3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Fue suscrito en Nueva York, el 16 de Diciembre de 1966 y -rige desde el 3 de Enero de 1967. Bajo el mismo considerando inicial

del instrumento coetáneo antes referido, reconoce la igualdad de - derechos de las personas en razón de la dignidad que les es inherente.

También desarrollando la Declaración Universal de Derechos Humanos, este Pacto establece condiciones para el goce de derechos a los que su nombre responde.

Aunque este instrumento no explicita el principio de igualdad como se ha visto en el caso anterior, aquél es igualmente sustentatorio de sus enunciados, a través de su formulación negativa como "no discriminación"; de ahí que en su parte II artículo 2.2 - expone lo siguiente:

"Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en el se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

Vale agregar, que la igualdad de sexo ante el contenido - del Pacto se reitera en el artículo 3.

La gama de derechos humanos y libertades fundamentales señalados, tanto en la Declaración Universal de 1948, como en los citados Pactos, constituyen en la actualidad, en el ámbito internacional, los más fuertes compromisos para los ordenamientos jurídicos sobre los que aquí nos ocuparemos, vale decir, el español y peruano.

Los Pactos en mención, España los ratificó con fecha 27 de Abril de 1977; Perú, con fecha 28 de Abril de 1978, y el Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos el 3 de Octubre de 1980.

1.4. Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos y -/ Libertades Fundamentales.

En el ámbito europeo rige para los gobiernos signatarios, - miembros del Consejo de Europa, el Convenio para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, suscrito en Roma, el 24 de Noviembre de 1950. Su objetivo, señala, es el de mantener - profunda adhesión a la Declaración Universal de 1948, a través de la protección y desarrollo de lo que su propio nombre proclama. Es te Convenio, en su artículo 14, establece que el goce de los derechos y libertades que reconoce:

"...ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razón de sexo, raza, color, lengua, re ligión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación".

Así, no sólo reitera el reconocimiento del derecho de igual dad de los textos internacionales anteriores, sino que lo reafirma y puntualiza, contempla nuevas causas discriminatorias y deja, con su última frase, la posibilidad de mayor concreción por medio del desarrollo legislativo de los Estados partes.

España ingresó al Consejo de Europa el 24 de Septiembre de 1977 y ratificó el citado convenio europeo, el 4 de Octubre de 1979. En tal oportunidad, reconoció la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos instituido por el artículo 19 del Convenio, pa ra la interpretación y aplicación de su texto. Posteriormente, el 11 de Junio de 1981, el reconocimiento lo extiende a la Comisión - Europea de Derechos Humanos, creada conjuntamente con el mencionado Tribunal y, destinada a conocer las demandas de particulares (4). Ambos órganos, de protección supranacional, constituyen un me canis mo internacional para la mayor eficacia de la protección de los de rechos humanos.

### 1.5. Carta Social Europea

Otro instrumento internacional de ámbito europeo, del 18 - de Octubre de 1961, firmada en Turín para el desarrollo y mejor garantía del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales y su protocolo adicional(5). Su - tercer considerando establece:

"...que el goce de los derechos sociales debe quedar garantizado sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, proveniencia nacional u origen social".

España ratifica la Carta Social Europea del 29 de Abril de 1980, declarando que los artículos 5 y 6, sobre Derechos Sindicales y Negociación Colectiva, los interpretaría y aplicaría de acuerdo con el artículo 31 y anexo de la Carta. (6)

### 1.6. Convención Americana de Derechos Humanos

Complementariamente a la Declaración Universal de Derechos Humanos, el ámbito americano, desde el 22 de Noviembre de 1969, - cuenta con la Convención en referencia, conocida también como Pacto de San José de Costa Rica, en razón del lugar donde fue suscrita; tiene vigor desde el 18 de Julio de 1979. Su antecedente a nivel regional ha de estimarse constituido por la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (7), con carácter de recomendación; de otro lado, se estima estar inspirada en la citada Convención europea. Su preámbulo, 2º párrafo, señala que: "los derechos esenciales del hombre...tienen como fundamento los atributos de la persona humana...". Bajo dicho presupuesto, entre otros, su artículo 1º dispone:

"1- Los Estados Partes de esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reco-

nocidas en ella y garantizar su libre y pleno -  
ejercicio a toda persona que esta sujeta a su ju-  
risdicción, sin discriminación alguna por...o -  
cualquier otra índole,...o condición".

En tal línea, el artículo 24 establece lo siguiente:

"Todas las personas son iguales ante la ley. En con-  
secuencia, tienen derecho, sin discriminación, e --  
igual protección de la ley".

Perú ratificó la Convención con motivo de la promulgación de su Constitución Política de Julio de 1979, según su decimosexta disposición general, incluyendo los artículos 45 y 62 referidos a la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (8)

Cada cual en su contexto y atendiendo al grado más que a -  
la naturaleza de las diferencias, los derechos humanos tanto en el  
ámbito europeo como americano presentan incoherencias entre la rea-  
lidad jurídico-positiva y la realidad práctica. Es incuestionable  
el mérito de los reconocimientos internacionales mencionados, más  
ello ha de estar sujeto al positivo cuestionamiento que conduzca a  
su aplicación real. El principio de igualdad, como elemento consti-  
tutivo de los derechos humanos, nos ha de ocupar, en este caso, -  
con respecto al trabajo humano y a las relaciones que este origina.

#### 1.7. La Organización Internacional del Trabajo. Objetivo. Principios. Garantías.

La OIT ha venido desarrollando una actuación muy significa-  
tiva en la protección de los derechos humanos; en la actualidad, -  
como organismo especializado en la Organización de las Naciones -  
Unidas, desempeña el protagonismo en la creación de normas que ba-  
jo el principio de igualdad conciernen directamente al ámbito de -

las relaciones de trabajo.

La Conferencia Internacional del Trabajo y el Consejo de Administración como órganos constitutivos de la OIT, desde su fundación en 1919, son clara expresión de participación tripartita, - en tanto están conformados por representantes gubernamentales, de trabajadores y de empresarios; la representación tripartita, a su vez, es expresión de la concepción democrática que propugna la Organización y tiene por sustento, entre otros, el principio de igualdad que, en este caso, opera tanto desde el punto de vista estructural como funcional. (9)

La OIT tiene por objetivo la justicia social; de acuerdo a la Declaración de Filadelfia de 1944: "La lucha contra las necesidades debe ser llevada con toda energía en el seno de cada Nación, y por esfuerzo continuado y concertado, en el cual los representantes de los empresarios y de los trabajadores cooperando en pie de igualdad con los Gobiernos participe en las libres discusiones y - decisiones de carácter democrático con objeto de promover el bien común", reforzó esta estructura de representación, lo que se entiende sólo viene siendo posible bajo los supuestos de libertad de asociación e igualdad; ambos principios se reafirmarán como informados permanentes en la copiosa normativa internacional surgida de las decisiones tripartitas.

La OIT, en tal sentido, puede estimarse como el mecanismo mejor logrado para equilibrar las relaciones de trabajo, protegiendo y subsanando las desigualdades sociales y económicas. En ese orden, su labor es complementaria a la desplegada por la ONU, aunque su funcionamiento es independiente.

Las Naciones Unidas, con motivo de la celebración del "Año de los Derechos Humanos", señaló los convenios internacionales más significativos, sobre derechos humanos; los que conciernen a la OIT constituyen idóneas expresiones de sus principios; entre aquéllos,

con incidencia en el tema del presente trabajo, tenemos:

- Convenio Nº 87 sobre la Libertad Sindical y la protección del Derecho de Sindicación del 9 de Julio de 1948 y en vigor desde el 4 de Julio de 1950; ratificado por España el 20 de Abril de 1977 y por Perú el 9 de Diciembre de 1959 (por Res.Leg. nº 13281).

- Convenio Nº 98 sobre aplicación de principios de Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva de 1 de Julio de 1949 y en vigor desde el 12 de Enero de 1957; ratificado por España el 20 de Abril de 1977 y por Perú el 18 de Noviembre de 1963 (R.Leg. nº 14712).

- Convenio Nº 100 relativo a la Igualdad de Remuneración - entre mano de obra masculina y la mano de obra femenina con un trabajo de igual valor, del 29 de Junio de 1957 y en vigor desde el 23 de Mayo de 1953; ratificado por España el 6 de Noviembre de 1957 y por Perú el 15 de Diciembre de 1959 (Res. Leg. nº 13284).

- Convenio Nº 117 relativo a las normas y objetivos básicos de la política Social de 22 de Junio de 1962 y en vigor desde el 26 de Abril de 1964, ratificado por España el 8 de Mayo de 1973.

Estos consensos del marco internacional, en particular los consensos 87 y 98 OIT, se constituyen en vitales instrumentos para la libertad e igualdad en el trabajo. A ello, hay que agregar otros posteriores que corroboran y desarrollan dichos principios a través de diversas materias.

En tal sentido, y siendo además parte del preámbulo del texto de constitución de la OIT, la afirmación del principio de libertad sindical, se citan, por su vinculación a dicho enunciado y a nuestro tema, el Convenio Nº 135, de 23 de Junio de 1971, relativo a la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores, ratificado por España el 8 de Noviembre de 1972; y, el Convenio Nº 158 de 22 de Junio de 1982, relativo a la terminación del contrato de trabajo por iniciativa del

empleador que se tratarán posteriormente.

La vigilancia del cumplimiento de los convenios ratificados está encargada a una Comisión de Expertos de la Organización, que funciona permanentemente y estudia las Memorias Anuales que - obligatoriamente deben presentar los Estados miembros de la OIT, - sobre su actuación respecto de los convenios que tienen ratificados. Existe, además, un procedimiento de quejas; éstas pueden ser formuladas tanto de un Estado contra otro, o por las Organizaciones de empresarios y trabajadores de un mismo Estado, por incumplimiento de convenio ratificado; aquélla puede dar lugar a una declaración del Gobierno o al nombramiento de una Comisión de encuesta, según lo decida el Consejo de Administración; en el segundo supuesto, se estudia el caso y las recomendaciones resultantes si no son aceptadas por el Gobierno en cuestión, pueden someterse al Tribunal Internacional de Justicia.

A efecto de la atención de cuestiones sobre libertad sindical -Convenios 87 y 98- existen el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Investigación y de Conciliación en materia de libertad sindical; aquél es nombrado por el Consejo de Administración de la OIT y examina las quejas que han sido presentadas a la citada Comisión, con motivo de lo cual ha desarrollado diversos criterios que pueden estimarse doctrina sobre libertad sindical.

Para concluir cabe aludir, de otro lado, que la ratificación a los efectos de los convenios internacionales equivale a - insertarlo en el ordenamiento jurídico interno. La Constitución de España de 1978, en su Título I, de los derechos y deberes fundamentales, artículo 10.2, establece:

"Las normas relativas a los derechos fundamentales - y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretará de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas



por España".

En su Título III, capítulo 3º, de los Tratados Internacionales, artículo 96.1, dispone:

"Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional".

Por su parte, la Constitución de Perú de 1979, en su Título II, del Estado y la Nación, capítulo V, de los Tratados, artículo 101, establece:

"Los tratados internacionales..., forman parte del derecho nacional. En caso de conflicto, entre el tratado y la ley, prevalece el primero".

Seguidamente, su artículo 105, dispone:

"Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución".

## 2. El principio de igualdad en el régimen jurídico de España

### 2.1. En las disposiciones constitucionales

En España, ningún antecedente jurídico ha consagrado más significativamente ni expresamente la "igualdad ante la ley" como

la Constitución de 1978. Los antecedentes constitucionales, son genéricos y la más concreta referencia en cuanto a la igualdad como "derecho", radica en aquélla reconocida en la admisión a empleo y cargos públicos según mérito y capacidad. La Constitución de 1931, reprodujo tal enunciado en su artículo 2º, agregando en su artículo 25 que: "...no podían ser motivo de privilegio jurídico, la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas, ni las creencias religiosas"; señalaba, además, - que el Estado no reconocía distinciones ni títulos nobiliarios. - Ello, contó con disposiciones complementarias que, en su conjunto, evidenciaban una mayor correspondencia con las exigencias históricas-sociales de la época, aunque posteriormente quedaron paralizadas, y es la historia iniciada en 1939, por más de tres décadas, lo que la hacen explicable.

La Constitución vigente en su artículo 1-1º, establece:

"España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político".

Estado de Derecho, significa sumisión del poder a las normas de Derecho. Garrido Falla señala que tal expresión es: "...omnicomprehensiva, que incluye tanto las exigencias de la justicia social como los propios valores éticos de la democracia. (10)

En tal sentido, el preámbulo constitucional, 3º párrafo, - declara la voluntad de "Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular".

La igualdad como valor superior es fundamento del Estado de Derecho y del régimen democrático. Ello, a su vez, se sustenta en la igualdad esencial de las personas; lo que fue proclamado desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), - "...los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos",

hasta la totalidad de los instrumentos internacionales vigentes - sobre la materia.

La igualdad como valor superior responde a la prerrogativa que le es propia a la dignidad humana; como tal, difiere de la -/ igualdad como principio, en cuanto el rol de aquél es el de actuar como informador del ordenamiento jurídico e incluso, como algunos señalan, como fuente de Derecho. (11)

Cuando se trata del principio de igualdad, autores como - Hamann, lo consideran: "...parte indispensable de todo ordenamiento jurídico..." (12). Otros, como Durig, trascienden tales afirmaciones sosteniendo que, "el carácter suprapositivo del principio de igualdad puede ser entendido desde la perspectiva de la persona humana..." (13). Realmente, la evaluación de la igualdad de las personas ante la ley, en razón de su dignidad, conforme está concebida en las normas positivas, se explica y respondería plenamente a justificaciones iusnaturalistas: "...la dignidad de la persona humana es la de quien ha sido creada a imagen y semejanza de Dios"; "...el conjunto de los derechos del hombre corresponde efectivamente a la sustancia de la dignidad del ser humano, comprendido en su integridad y no reducido a una sola dimensión" (14). La interpretación contraria, trae inevitables incoherencias y fragilidad en el sustento como en el desarrollo del ordenamiento jurídico. La posición dualista (15), en tal sentido, no ofrece sino una opción - pragmática, carente -por ende- de una concepción integral del hombre.

El Título I de la Constitución, de los derechos y deberes fundamentales, se inicia con el artículo 10.1, establece:

"1- La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".

La dignidad de la persona constituye el valor jurídico - supremo sobre el cual adquiere real sustento la concepción axiológica plasmada en la Constitución, aquélla permite, evaluar en su debida dimensión y alcance, los derechos reconocidos en calidad - de fundamentales de la persona; es más, configura la fuente directa y básica de aquéllos y soporte del ordenamiento jurídico, de modo que el desarrollo de éste ha de ser coherente y adecuado a lo que la persona requiere para vivir en forma idónea a lo que su dignidad exige; por todo ello, cabe considerarla, además, como -- permanente criterio interpretativo.

El profesor Lucas Verdú indica que la dignidad de la persona en cuanto "valor" , es una afirmación atemporal y constituye un dato previo y no un resultado del Estado de Derecho; agrega que, el ordenamiento jurídico español está íntimamente vinculado a valores, dentro de los que la dignidad del hombre es cuestión fundamental y que el artículo 10.1 de la Constitución es de inspiración netamente iusnaturalista (16).

Sobre la dignidad de la persona, Basile S. señala que - constituye: " Punto de llegada para unos, punto de partida para - otros, en todo caso, es éste un punto de encuentro entre las - - fuerzas políticas más dispares, dispuestas a aceptar el patrimonio de los principios e instituciones heredados del liberalismo y las instituciones de la democracia occidental" (17).

La Constitución proporciona una doble versión del principio de igualdad, esto es, en su sentido material y en el formal. La primera expresión está contenida en el Título Preliminar, artículo 9.2 cuando dispone:

"Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del in - -

dividuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica y cultural y social".

De otro lado, la Constitución en su Título I, capítulo segundo, contiene el artículo 14 que señala lo siguiente:

"Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

La influencia de los clásicos enunciados internacionales, - en este caso, deja verse claramente quedando configurada la "igualdad ante la ley", en su versión formal.

Oscar Alzaga señala, al respecto, que: "La igualdad ante la ley es realmente uno de los pilares sobre los que se asienta nuestra nueva Constitución democrática, ya que difícilmente puede articularse un régimen político democrático sin fe en la igualdad básica de todos los ciudadanos..." (18).

Como principio del carácter general con dicha expresión, - ha de entenderse, la general equiparación de derechos y deberes, - tanto en sus opciones como posibilidades de efectivización; esto es, entonces, igualdad de consecuencias ante la igualdad de presupuestos en el ámbito jurídico.

La aplicación del principio de igualdad ha de darse en forma conjunta con los demás principios de derecho, esto es, como -/ instrumento rector de todo el mecanismo jurídico; la certeza y eficacia de éste, requiere del principio de igualdad, entre otros, su presencia permanente.

En la materialización del derecho, sus principios fundamentales han de ser concurrentes, muy probablemente de participación variable, pero nunca excluyentes; ello, como una garantía en el logro de los objetivos de aquél.

Se ha señalado al respecto, que la igualdad tiene valor esencial en el sistema de libertades públicas, que permite la aplicación general del principio de libertad (19); criterio también asimilable al principio de justicia, y otros del Derecho. Dichos principios en realidad son el contenido ético que precisan de actuación conjunta.

La verdad no admite incoherencias, de ahí que tales principios se reclamen recíprocamente, y se orienten a guardar unidad; y que las proyecciones jurídicas deban contar con su constante interacción.

En tal sentido, la doctrina italiana, Mortati, resalta que el principio de igualdad se dirige a realizar la adecuación del tratamiento jurídico de determinadas situaciones al sistema de valores sancionado por la Constitución. (20)

A todo esto, ha de atenderse, además, que la "igualdad ante la ley" reconocida en el artículo 14 tiene la categoría de derecho fundamental (Título I), y su interpretación ha de estar sujeta a la disposición constitucional del artículo 10.2, esto es, "... de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España", vale decir, los citados en el punto anterior. La ubicación sistemática de que goza el derecho de igualdad en el texto Constitucional y su remisión a las normas internacionales, entonces, le confiere tal carácter que, de alguna forma, se constituye en presupuesto de los demás derechos fundamentales.

El citado artículo 14, se refiere seguidamente a la igual-

dad como derecho, bajo la actual y frecuente denominación de "derecho de no discriminación". Este enunciado permite transcender la -noción de "principio de igualdad" entendido como brújula del ordenamiento jurídico; sin embargo la aceptación de que dicho principio albergue un verdadero derecho público subjetivo, no está generalizada (21).

Es obvia la validez normativa del principio de igualdad, -en cuanto orientador en la creación y desarrollo de un ordenamiento jurídico, su influencia reviste, dentro de una concepción integral, diversas facetas.

En tal sentido, Rodríguez Piñero ha señalado: "...toda actividad normativa estatal y, por tanto, la potestad legislativa, -si no la reglamentación, está sujeta al principio de igualdad" (22). En tal orden, abunda Carro Fernández-Valmayor cuando al referirse a la actividad estatal respecto del principio de igualdad, señala: "...su eficacia no se limita exclusivamente al campo de derechos y libertades..., sino también a los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III..." (de la Constitución). - (23).

Ciertamente, tanto la versión material como la formal del principio de igualdad, se complementan; para ello, es precisa la -unidad interpretativa de los preceptos constitucionales, aunque se reproduzcan en el texto a través, muchas veces, sólo de vinculaciones.

Ahora, más que derivar en las conexiones del principio de igualdad, en atención concreta a su versión formal, artículo 14, -interesa descifrar la trascendencia de la igualdad ante la ley -según el segundo supuesto de dicho artículo: "...sin que pueda prevalecer discriminación...". Pareciera que la primera expresión era suficiente, sin embargo en el segundo supuesto responde a la exigencia de completar la formalidad del enunciado.

En tal sentido, Garrido Falla ha señalado: "...el principio de igualdad encuentra su límite en cuanto el ámbito personal - específicamente protegido por una libertad constitucionalmente declarada..." (24).

Rodríguez Piñero, en cuanto al alcance más que a la delimitación propiamente dicha, indica: "...el principio de igualdad no aparece en la Constitución sólo como super-norma que impone la paridad en el reconocimiento y goce de los derechos y libertades fundamentales, sino que además hacen expresa referencia a la igualdad en una serie de preceptos constitucionales..." (25)

En realidad, la aplicación de tal contenido sugiere conjugar un conjunto de valores y principios del Derecho, con atención a las singularidades concretas de los hechos y derechos que allí - están cuestionados; ello, se entiende cualquiera que sea el área - jurídica de que se trate y porque, además, la realidad práctica con los innumerables supuestos y situaciones discriminatorias que puede presentar, demanda referencias y protecciones legales cada vez más concretas y eficaces.

A tales efectos, discriminación puede definirse, según -/ apunta Garrido Falla: "...como toda distinción perjudicial a pre-/ texto de hechos no imputables al individuo y que deben ser irrele-/ vantes desde el punto de vista social-jurídico o a pretexto de per-/ tener a categorías colectivas genéricas". (26)

En términos generales, discriminación resulta ser el tra-/ tamiento injustificado de excepción, extraordinario, distinto; de modo que, la falta de equivalencia en el tratamiento legal de situaciones jurídicamente equiparables, conlleva implícitamente la - nota de discriminación. (27)

Al respecto, Rodríguez Piñero señala: "Discriminación significa trato diferenciado perjudicial contra determinadas personas o grupos". (28)



El carácter preceptivo del artículo 14, no está reñido en forma alguna con la concepción idealista que denotan recientes textos constitucionales, como las normas internacionales vigentes sobre la materia en comentario. Introducir un mandato de igualdad, - con la fuerza con que se viene haciendo, dentro de contextos de - innumerables diferencias injustificadas de trato, han de pretender indudablemente un cambio real, factible, sin perderse, por ello, - el carácter ideal de la meta.

Ahora bien, tan importante es determinar "el objetivo" como los medios para alcanzarlo. En tal sentido, Garrido Falla va - más allá cuando señala: "...que la esencia de la norma jurídica no está tanto en fijar los objetivos..., cuanto en instrumentar los - medios para conseguirlos".

La interpretación del artículo 14, insisto responde a un - carácter amplio. La fórmula "...sin que pueda prevalecer..." es - terminante de un lado y de otro, cuando a la mención de diferentes causas conocidas de discriminación, se añade la frase: "cualquier otra condición o circunstancia personal o social" explicita la previsión de innumerables posibles supuestos.

La idea esencial es prohibir, en expresión un tanto compleja, todo acto discriminatorio; su efectivización, esto es, la -/ igualdad real, corresponde sea promovida por los poderes públicos; el comentado precepto y el artículo 9.2, constituyen un conjunto - de aspectos que demandan, unidad interpretativa y una positiva y - consecuente comprensión "...de la unidad del ordenamiento jurídico deriva una necesaria conjunción, coherencia o armonía..." (30).

De otro lado, atender la factibilidad del principio de -/ igualdad como derecho fundamental implica, en orden a su pretensión de real eficacia en concordancia con el artículo 9.2 de la Constitución, determinar las vías por las cuales se da su violación; no es suficiente la concreción de las proyecciones del principio de -

igualdad respecto de las materias sobre las que se opera, también es preciso determinar los sujetos implicados en tales proyecciones, vale decir, el alcance de la protección legal y grado de eficacia, respecto de los derechos y libertades constitucionalmente reconocidos. Sobre el particular, de una parte, se sostiene que -tales derechos y libertades están vinculados a los poderes públicos, de manera que el ejercicio de ellos concierne sólo a las relaciones con el Estado y, en consecuencia, que el mandato constitucional de no discriminación recae sobre la actividad de los poderes públicos.

De cualquier forma, se trata de un tema vinculado a la -disposición constitucional, contenida en el artículo 53.1 de las garantías de las libertades y derechos fundamentales, que establece: " Los Derechos y Libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos...". En cuanto se refiere a la tutela del ejercicio de tales derechos y -libertades, se remite al Tribunal Constitucional, cuya Ley Orgánica 2/1979 de 3 de Octubre, en su Título III -Del recurso de Amparo Constitucional-, procedente en la tutela del contenido de los artículos 14 a 29 de la Constitución, señala, artículo 41.2, que dicho recurso opera frente a las violaciones "originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las comunidades autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así de sus funcionarios o agentes".

El planteamiento de los citados textos parecería acoger definitivamente la tesis de que la protección del principio de -igualdad sólo se refiere a la relación entre particular y Estado. En tal caso, quedarían al margen de los principios y derechos fundamentales del Derecho, en cuanto garantía y tutela del más alto nivel jurisdiccional, múltiples relaciones jurídicas del ámbito -privado; así, indudablemente, la eficacia normativa del artículo 14 sería cuestionable.

No obstante lo planteado, en el contexto español, sólo cabe interpretar que el artículo 9.2. de la Constitución está referido a los poderes públicos: las relaciones entre particulares no están sujetas a la igualdad ante la ley que contiene el artículo 14; el caso de las relaciones laborales es sui generis en tal sentido, en tanto que ha sido la ley la que expresamente ha impuesto el derecho de igualdad de trato, a través del mandato prohibitivo de discriminación, conforme veremos a continuación.

Las normas internacionales sobre la materia, por su parte, contribuyen con aportar cierta orientación; ellas, a través de medidas directas e indirectas han contemplado las posibles violaciones al principio de igualdad y han explicitado supuestos discriminatorios refiriéndose a los actos derivados de las relaciones entre privados. Es obvio que caben diversas interpretaciones al respecto, pero también es cierto que sólo una será la más acertada, y ella ha de contener necesariamente la pretensión de proteger integralmente a la persona y su vida en sociedad.

Todo acto jurídico es parte del mundo del Derecho, lleva potencialmente la carga discriminatoria y, en tal medida, es materia concerniente de las normas tutelares que él imparte. El mandato de no discriminación que se reproduce en diversos textos legales, cuando es violado queda afectado desde su sustento, esto es, un derecho fundamental. Los matices de regulación del principio de igualdad en los diversos contextos jurídicos varían significativamente, en muchos casos con sutilezas específicas, según sea el carácter de la relación jurídica de que se trate; no obstante la ardua labor que se vislumbra en tal sentido, especialmente para el juzgador, no ha de ser óbice para la protección integral de los derechos y libertades constitucionalmente reconocidos.

#### 2.1.1.- En la jurisprudencia constitucional

El Tribunal Constitucional ha venido pronunciándose repetidas veces sobre el principio general de igualdad, de modo que sus

sentencias han delineado una técnica interpretativa y ofrecen diversos criterios sobre la aplicación y alcance de dicho principio. Ahora, se mencionan los que se estiman de mayor incidencia en - - nuestro tema central.

- La sentencia n° 49/1982, de 14 de Julio, fundamento jurídico n° 2, señala: "... el artículo 14 de la Constitución al establecer el principio de igualdad ante la ley establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual que impone una obligación a los poderes públicos de llevar a cabo ese trato igual y, al mismo - - tiempo, limita el poder legislativo y los poderes encargados de - la aplicación de las normas jurídicas".

- De otro lado, señala que la igualdad ante la ley exige "que los supuestos de hechos iguales sean tratados idénticamente en sus - consecuencias jurídicas..., de manera que un mismo órgano jurisdiccional no pueda, en casos sustancialmente iguales, modificar - arbitrariamente el sentido de sus resoluciones, salvo cuando su apartamiento de los precedentes posea una fundamentación suficiente y razonada..." - Sentencia n°2/1983, de 24 de Enero.

- Con relación a la "desigualdad", en la Sentencia n°67/1982, de 15 de Noviembre se establece: "... el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica y que este desigual tratameinto legal tiene como límite la arbitrariedad, causa de discriminación, es decir, la falta de justificación objetiva y razonable".

- Finalmente, en la Sentencia n°3/1983, de 25 de enero, entre - - otros fundamentos, señala que: "El legislador constatando la desigualdad socio-económica del trabajador respecto del empresario, pretende reducirla mediante el adecuado establecimiento de medidas igualatorias"; agrega que también de ello : "... se deriva el específico carácter del Derecho Laboral... como un ordenamiento compensador e igualador... (como) garantía de la promoción de una igualdad real..." Esta misma sentencia apunta, de otro lado, que la desigualdad del trabajador se corrige también mediante normas

procesales; argumento que aquí sólo se hace presente, para anunciarlo como asunto directamente relacionado con cuestiones que se abordan posteriormente.

2.2.- En las disposiciones legales. Ley 8/1980 de 10 de Marzo. Estatuto de los Trabajadores

Dentro del marco del Derecho del Trabajo, el principio de igualdad, va a ser configurado como derecho y deber de igualdad de trato, a través de la general prohibición de discriminación correspondiente a la parte trabajadora y empresarial, respectivamente.

Paralelamente al esquema ofrecido por los preceptos constitucionales comentados tenemos, también dentro del Título I, Capítulo Segundo, Sección 2- de los derechos y deberes de los ciudadanos, que el artículo 35 prevé en términos generales, para todos los españoles, el deber y correlativo derecho al trabajo. "El derecho al trabajo constituye una manifestación concreta de libertad del hombre y tiene, por consiguiente, su fundamento en la propia dignidad humana, con independencia del hecho de su proclamación en los textos constitucionales" (31). En el mismo artículo se insertan otros derechos complementarios, tales como el de libre elección de profesión u oficio ("para satisfacer sus necesidades personales y las de su familia"); y, el de no discriminación, en ningún caso, por razón de sexo.

La incidencia particular en este motivo, como posible causa de discriminación, tiene que evidenciar que constituye una de las situaciones de más frecuente discriminación, de ahí que se encuentre reforzado no sólo en este texto constitucional sino en las normas internacionales vinculadas a esta materia. Al respecto Garrido Falla señala: "la no discriminación por razón de sexo es una consecuencia particular del principio de igualdad proclamado en el artículo 14 de la Constitución. La no discriminación requiere un igual trato laboral a los que sean laboralmente iguales" (32)

Haber resaltado tal posibilidad discriminatoria, no ha mermado en modo alguno, la importancia correspondiente y protección necesaria de los demás supuestos discriminatorios contenidos en el artículo 14 de la Constitución, éste goza de plena autonomía y su desarrollo se efectúa por diferentes vías, más su interpretación ha de pretenderse integral y armoniosa, según se ha indicado anteriormente.

Es de fundamental interés para el Derecho del Trabajo, la prestación de servicios retribuidos por cuenta ajena; tal contexto suscita las relaciones de trabajo que mayor atención y protección han requerido. La Constitución al referirse en su artículo 35.1. al derecho al trabajo, hace particular y explícita alusión a tal modalidad de trabajo y con ello delinea el marco respecto del que va a efectuar el desarrollo legal; dispone en su punto segundo que la ley regularía un estatuto de los trabajadores, el mismo que fue promulgado por Ley 8/1980 de 10 de Marzo.

El ámbito de aplicación de tal estatuto, en adelante ET, según su primer artículo, es general, referido al trabajo por cuenta ajena; todos los trabajadores en tal presupuesto jurídico, a excepción de los casos previstos en el artículo 1.3.-ET, están dentro de los alcances de dicha ley. Consecuentemente, las demás normas contenidas en el ET, en tal sentido, son de aplicación genérica; unas, como se verá a continuación, por su condición integrante de los derechos y deberes básico, cifran la orientación de otras disposiciones estatutarias destinadas a un mayor concreto desarrollo de las prohibiciones de discriminación.

#### 2.2.1.- La no discriminación como derecho y deber laboral básico

El ET, en su Título Primero, de la Relación Individual de Trabajo, Capítulo II, de Disposiciones Generales, Sección Segunda, de los Derechos y Deberes Laborales Básicos, contiene el artículo 4º cuyo punto 2º, incido c) dispone:

"En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: A no ser discriminados para el empleo o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, por la edad dentro de los límites enmarcados por esta ley, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español. Tampoco podrán ser discriminados por razón de disminución física, psíquica, y sensoriales, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate".

El artículo 4-2º mantiene correspondencia con los enunciados del artículo 14 de la Constitución desde el ámbito de las relaciones de trabajo, contemplando diversos supuestos discriminatorios tanto para el acceso al empleo como dentro de éste. En razón de la expresión constitucional -artículo 14-: "... o cualquier otra condición o circunstancia personal o social", el artículo 4-2º ET concreta, como otros posibles supuestos discriminatorios el estado civil, la edad (dentro de los límites enmarcados por esta ley (33), las ideas políticas, la afiliación o no a un sindicato y la condición lingüística o idiomática; todos ellos, respondiendo a exigencias actuales de singular relevancia. La omisión del supuesto de "nacimiento" contemplado por el artículo 14 no altera, en modo alguno, los alcances del artículo 4-2º. Este en su estructura y contenido, además de responder a la "expectativa" del mencionado artículo constitucional lo hace respecto de las que son las más -- idóneas dentro de las relaciones de trabajo, comprendiendo situaciones que se configuran como frecuentes causas de discriminación. No obstante la positiva puntualización legal indicada, se omitió reproducir la frase constitucional "... cualquier otra condición." para lograr una mayor apertura en la aplicación práctica del principio de igualdad.

El artículo 4-2º en su segundo párrafo, atiende las injustificadas diferencias de trato por disminuciones físicas, psíquicas y sensoriales; prohíbe, pues la discriminación en razón -- concreta de tales motivos, siempre que los "disminuidos" se encuen

tren en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate; caso contrario, se estará frente al supuesto legal previsto en el artículo 49.5 ET sobre causas de extinción del contrato de trabajo. Esta prohibición de discriminación, en la etapa de contratación, se encuentra vinculada a la disposición del artículo 17.3. ET, sobre las posibles medidas gubernativas de regulación para la colocación de trabajadores con capacidad laboral disminuidos.

#### 2.2.2.- La prohibición de discriminación en las relaciones laborales

El ET en su Capítulo II -del contenido del contrato de trabajo-, sección 2º- de los derechos y deberes derivados del contrato el ET, en su artículo 17, bajo el título de "No discriminación en las relaciones laborales", establece en su punto 1º lo siguiente:

" Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones desfavorables, por razón de edad o cuando contengan discriminaciones favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornadas y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español".

En primer lugar, el citado texto sería desglosable en:

- 1) decisiones contractuales colectivas, de trabajadores y empresarios, dentro de las que quedarían comprendidas:
  - a) los preceptos reglamentarios, establecidos en virtud de las



potestades empresariales y aquiescencia de la representación de los trabajadores, a través del Comité de empresa, en orden a sus competencias -artículo 64.1-3d) ET; y,

- b) las cláusulas de los convenios colectivos,
- 2) decisiones contractuales individuales, vale decir, entre un trabajador y el empresario,
- 3) decisiones unilaterales del empresario. Todas ellas, por regla general cuando contengan discriminaciones favorables o desfavorables, en materia de empleo, retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo.

En tal sentido, resulta útil determinar el origen -legal o contractual- de la condición de trabajo supuestamente afectada, en razón de la naturaleza de la decisión que lo originó, contractual, colectiva o individual-, o unilateral; ello, para determinar si la diferencia de trato es o no justificada, y sus alcances.

Las circunstancias discriminatorias allí previstas: edad (34), sexo (35), origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, etc., resultan derivadas de los derechos y libertades protegidos por la Constitución e implicados en su artículo 14; en unos casos en reproducción textual y, en otros, en interpretación y puntualización.

El supuesto relativo a la "adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos", deriva del derecho de libertad sindical artículo 28 de la Constitución de la Sección de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, Capítulo 2º, Título I. Ha de colegirse sobre tal punto, los aspectos siguientes:

- Derecho de adhesión a los acuerdos sindicales; derecho de afiliación a sindicatos; derecho de no afiliación; derecho de no adhesión a tales acuerdos. Estos, conforman una unidad, sustentada en un derecho fundamental; constituyen diversos aspectos de una misma realidad; en el terreno teórico y práctico presentan

sus propias connotaciones, que serán objeto de atención, posteriormente.

Aún cuando el artículo 17.1. ET no lo explicita, se entiende indirectamente que aquel comprende: la etapa precedente a la relación de trabajo, esto es, la de contratación -al referirse a las discriminaciones "... en el empleo"-, la ejecución del contrato de trabajo, su posible modificación, la suspensión de aquél y, el caso de su terminación. Esta diferenciación, además, porque algunos de los supuestos discriminatorios mencionados están, casi sistemáticamente, vinculados a determinadas etapas de la relación laboral; tal es el caso, precisamente, de nuestro tema, la terminación del contrato de trabajo como expresión de conducta discriminatoria antisindical.

La etapa de contratación está esclarecida y reforzada, - en cuanto al artículo 17 en su punto 2º dispone que sólo por ley podrán establecerse las exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente. Ello, de otro lado, compromete además la tarea de delimitación de la potestad empresarial de contratación y del reconocimiento constitucional -artículo 38- de libertad de empresa.

La sanción de nulidad a que están sujetos los supuestos discriminatorios del art. 17.1. ET, ha de atender tanto a la materia afectada como al "momento" del acto discriminatorio, dentro de la secuencia de la relación laboral. La sanción legal prevista variará en sus efectos según sea el caso; en unos, se traducirá en la obligación de restitución del derecho, con o sin resarcimiento económico, conforme corresponda a una omisión o acción discriminatoria con tal incidencia; en tal sentido, la consecuencia legal de un acto discriminatorio puede traducir el derecho a indemnización por daños y perjuicios. El caso del despido discriminatorio y la sanción a que está sujeto, tiene alcances específicos dado el tratamiento legal que opera para la terminación injustificada de la relación de trabajo por parte del empresario; - -

cuestión que corresponde analizar, en sus diversos matices, posteriormente.

El principio constitucional de igualdad se traduce, en ámbito laboral, de manera esencial, en la prohibición de discriminación, esto es, de diferencia de trato injustificada. A ello, ha de agregarse la carga peyorativa que se le atribuye a la expresión discriminación, desde su significado original hasta el uso en el lenguaje coloquial, conforma alude Rodríguez Piñero, implica "dar trato de inferioridad" (36).

Tal es una traducción general del principio de igualdad; no obstante, está visto que, tanto en el ámbito internacional como en el texto constitucional español, la prohibición de discriminación es radical en razón de determinadas causas; ha sido precisa la puntualización de ellas, así como expresiones similares a las contenidas en el comentado artículo 14: "... cualquier otra condición, circunstancia personal o social", para permitir al desarrollo legal una amplia concreción del principio de igualdad. Ello, en ámbito laboral español, según el ET, se ha traducido en la adición de otras causas discriminatorias que, al igual que las originalmente previstas, tienen pleno respaldo constitucional; por lo que, en definitiva, unas y otras, todas dichas causas, resultan ilícitas a efecto de una diferenciación de trato.

En la concepción constitucional y estatutaria habría una jerarquización de los supuestos discriminatorios, en razón de los derechos allí implicados, no obstante, en cuanto ellos están aparejados y apoyados en la igualdad como valor y principio constitucional, parte de una axiología jurídica, la violación de aquél es de carácter fundamental, aun cuando tales supuestos respondan a un orden en el que han influido decisivamente determinadas exigencias sociales necesitadas de una previsión legal, más o menos urgente.

No obstante, la interpretación de la prohibición de - -

discriminación respecto de su ámbito de aplicación ha de ser amplia; realmente todo el ordenamiento jurídico está comprometido con valores y principios como el de igualdad, de manera que los derechos reconocidos en la Constitución, así como los que concier<sup>u</sup>nen en este caso concreto, al campo laboral, constituyen supuestos tácitamente protegidos respecto de pretensiones discriminatorias.

Situación distinta en cuanto a sus alcances y similar en cuanto a la unidad interpretativa que guarda, es la de las normas internacionales sobre la materia, en las que todos los derechos que reconocen, por expresa disposición, son de aplicación en orden a los principios que le dieron origen y son su sustento.

Las pretensiones en uno y otro caso son ambiciosas, pero es que la cobertura debe ser lo más completa posible; un criterio restrictivo de interpretación no sólo afectaría los alcances de la norma en el campo de aplicación, sino también en su durabilidad, lo cual se torna particularmente crítico frente a la dinámica que le es propia al ámbito socio-laboral.

La norma en comentario -artículo 17.1 ET-, tiene además un carácter preventivo, en cuanto la prohibición que impone está destinada a evitar actos que contengan discriminaciones, aun cuando ello no garantice un cambio inmediato respecto de las desigualdades existentes en la realidad práctica. Dado que el problema no es esencialmente jurídico, las soluciones más eficaces no son estrictamente de tal orden; no obstante, las medidas legales son el instrumento inmediato que pueden ofrecer, a través de la equidad jurídica, como primera y fundamental medida, las condiciones propicias para una igualdad de hecho.

En tal sentido, conviene más enfocar las pretensiones legales en su acepción más positiva, aunque ello necesariamente implique negaciones y prohibiciones, esencialmente, el objetivo de -

tales pretensiones es el de traducir en la realidad, de forma operativa, la posibilidad de ejercer los derechos y libertades reconocidos; la afirmación de éstos es prioritaria frente al establecimiento de prohibiciones; así, el reconocimiento del principio de igualdad es anterior y justificante del establecimiento de la prohibición de discriminación.

El principio de igualdad, de otro lado, supone contar con la opción de materializar la autonomía individual y colectiva a través de posibilidades como la de establecer las condiciones que van a regular las relaciones de trabajo: en tal sentido, el principio de igualdad y el de libertad coadyuvan en el mismo objetivo. Un antecedente de carácter general es el Acuerdo Marco Interconfederal sobre Negociación Colectiva de Enero de 1980, en donde en un equilibrio de intereses obrero-patronales se establecieron pautas y márgenes sobre los que se negociarían condiciones laborales. El ET., en su Título III, se encarga de regular, dentro de una equidad jurídica de las partes, la negociación colectiva, cuya base reposa en el precepto constitucional del artículo 37.1., dejando sujeta la validez de los convenios colectivos, en cuanto contenido, a la legalidad vigente, bajo vigilancia de la autoridad laboral -artículo 90.5. ET. No siendo posible pactar contra las leyes, y en tanto la legalidad vigente responde al principio de igualdad, comprendiendo dentro del ámbito laboral un expreso mandato de no discriminación, la autonomía de las partes y los intereses colectivos de ambas ha de estar condicionado a ello.

En tal sentido, puede decirse que las partes en una relación de trabajo desarrollan una "actividad legislativa" y que son autores de sus propias normas, dentro de todo el mecanismo de desarrollo del ordenamiento jurídico laboral son colaboradores principales de los poderes públicos en las funciones que a éstos ordinariamente corresponde en tal orden; con lo cual, además de encontrarse comprometidos con principios informadores como el de igualdad, están obligados con las normas prohibitivas de discriminación.

### 3.- En el ordenamiento jurídico de Perú

#### 3.1. En las disposiciones constitucionales

La promulgación de la Constitución Política del Perú de 1.979, significó además el reinicio de la vida democrática; el -- texto constitucional, por ende, recoge los valores y principios -- que a aquélla le son inherentes.

Los representantes a la Asamblea Constituyente se declararon, en el preámbulo del texto constitucional, 2do y 3er párrafos:

"Creyentes en la primacía de la persona humana y en que todos los hombres iguales en dignidad, tienen derechos de validez universal, anteriores y superiores al Estado";  
Y,

"Decididos a promover la creación de una sociedad justa, libre y culta..., exenta de toda discriminación por razones de sexo, raza, credo o condición social".

Tales enunciados han de estimarse la declaración de los valores sobre los que se desarrolla la Constitución, ya que ésta carece de artículos preliminares que así lo expliciten, aun cuando a lo largo de su texto denote sustentarse en valores como el de -- igualdad.

El texto constitucional peruano se inicia con el Título I, de los Derechos y Deberes fundamentales de la persona, Capítulo I, De la persona-, cuyo artículo 2-2º establece que toda persona -- tiene derecho:

"A la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna -- por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma.

El varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades. La ley reconoce a la mujer derechos no

menores que al varón".

El primer párrafo, reproduce la fórmula principista del preámbulo, así como la de los enunciados internacionales, y trata - de una enumeración taxativa de las causas discriminatorias más co munes, omitiendo incluir la edad como factor discriminatorio, aun que la prohibición pueda colegirse indirectamente de otros precep tos constitucionales; asimismo se omite una expresión general fi nal, a través de un amplio y abierto enunciado, que permita la - consideración directa de otras posibles causas discriminatorias - (aunque éstas, por coherencia, puedan ser deducibles).

El 2do. párrafo resulta un tanto reiterativo entre su -- primera y segunda parte. Se evidencia, una vez más, también den tro de la realidad peruana, que la discriminación por razón de se xo constituye situación frecuente, de ahí que este párrafo se en cargue de insistir en la prohibición; señala el derecho a la - - igualdad de "oportunidades", que lleva a pensar, especialmente, en el reconocimiento de la personalidad de la mujer tanto en el ejer cicio individual de sus derechos civiles como, concretamente, en el ámbito del trabajo, comprendido éste desde la posibilidad de - acceso hasta las condiciones laborales y respectivas promociones.

De otro lado, la Constitución peruana, define al Perú co mo una República democrática y señala como deber primordial del - Estado, entre otros, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, artículos 79 y 80 respectivamente, en concordancia con - el 4to párrafo de su preámbulo; ello, traduce una axiología en -- donde la igualdad ante la ley es valor superior y principio de -- Derecho. Señala, además, su artículo 4 lo siguiente:

" La enumeración de los derechos reconocidos en este ca pítulo no excluye los demás que la Constitución garanti za, ni otros de naturaleza análoga, o que derivan de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pue blo, del Estado social y democrático de Derecho y de la

forma republicana de Gobierno".

La tendencia progresista de la Constitución ha llevado al esclarecimiento, a través de este precepto, de que la lista de derechos del artículo 2 aun cuando es taxativa no es limitativa. La jerarquía de las normas constitucionales varía, pero en todo caso, la persona y la dignidad que le es inherente es sustento de tales derechos y enlace entre los mismos.

- Otros preceptos constitucionales vinculados al principio de igualdad

Los antecedentes inmediatos del reconocimiento constitucional de igualdad ante la ley, se remite a los artículos 23 y 69 de la Constitución de 1933; los enunciados vigentes, sin duda, le han imprimido mayor relevancia y sus concordancias con el resto - del texto constitucional están referidos con singular notoriedad a los puntos siguientes:

- 1.- Título I, de la Familia, artículo 6 : "Todos los hijos tienen iguales derechos";
- 2.- Título I, Capítulo III, de la Seguridad Social, Salud y Bienestar, artículo 16: "El Poder Ejecutivo... es responsable de la organización de un sistema nacional descentralizado y desconcentrado... que facilita a todos el acceso igualitario a sus servicios...";
- 3.- Título I, Capítulo IV, de la Educación, la Ciencia y la Cultura, artículo 24: "Corresponde al Estado... otorgar a todos igualdad de oportunidades";
- 4.- Título I, Capítulo V, del Trabajo, artículo 42: "Corresponde al Estado promover las condiciones que... aseguren por igual a los habitantes de la República la oportunidad de ocupación útil... El trabajo en sus diversas modalidades es objeto de



protección del Estado, sin discriminación alguna y dentro de un régimen de igualdad de trato".

Artículo 43: "El trabajador, varón o mujer, tiene derecho a igual remuneración por igual trabajo prestado en idénticas condiciones al mismo empleador";

5.- Título I, Capítulo VII, de los Derechos Políticos, artículo 65: "Tienen derecho a votar todos los ciudadanos...; el voto es personal, igual, libre, secreto...";

6.- Título II, del Estado y la Nación, Capítulo I, del Estado, artículo 88: "El Estado rechaza toda forma de...discriminación racial...";

7.- Título II, Capítulo V, de los Tratados, artículo 109-3er. párrafo: "La extradición es rechazada si existen elementos de juicio suficientes para considerar que se ha solicitado con el fin de perseguir o castigar a un individuo por motivos de raza, religión, nacionalidad u opinión";

### 3.2.- El principio de igualdad en las relaciones de trabajo

Dentro del ordenamiento jurídico peruano ha operado una importante y muy significativa innovación en materia de Derecho del Trabajo, con motivo de la Constitución Política de 1979. Esta, no sólo ha reiterado el nivel jerárquico que ostentaba tal derecho, sino que desde su preámbulo -párrafo 2-2º, lo señala como deber y derecho de todos los hombres y base del bienestar nacional, le confiere un amplio reconocimiento y dedicación a través de todo el capítulo V de su Título I, comprendido por 16 artículos, del 42 al 57. Ello, está precedido por el precepto constitucional 2.13º, esto es, el derecho y deber fundamental de la persona: "A elegir y ejercer libremente su trabajo con sujeción a la ley". Dicha sujeción, realmente, nos remite a diversas disposiciones pre

y post-constitucionales, que en materia laboral presentan gran dispersión; no obstante, se entiende, la regulación empieza por la propia Constitución, cuyo artículo 42 dispone lo siguiente:

"El Estado reconoce al trabajo como fuente principal de riqueza. El trabajo es un derecho y un deber social. Corresponde al Estado promover las condiciones económicas y sociales que eliminen la pobreza y aseguren por igual a los habitantes de la República la oportunidad de una ocupación útil, y que los protejan contra el desempleo y el subempleo en cualquiera de sus manifestaciones.

En toda relación laboral queda prohibida cualquier condición que impida el ejercicio de los derechos constitucionales de los trabajadores o que desconozca o rebaje su dignidad.

El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de -- protección por el Estado, sin discriminación alguna y -- dentro de un régimen de igualdad de trato.

La ley señala la proporción preferente que corresponde a los trabajadores nacionales tanto en el número como en -- el monto total de remuneraciones de la empresa, según el caso".

Este precepto contiene una definición conceptual en cuanto se refiera al trabajo como fuente principal de riqueza y, resalta, una vez más una doble realidad correlativa, vale decir, el trabajo como derecho y deber social.

En cuanto a las obligaciones atribuidas al Estado en dicho precepto, en realidad constituyen objetivos loables, máxime -- dentro de un contexto como el de la realidad peruana, en donde el nivel de vida y la crisis económica existente indican aguda pobreza -con índices de desempleo y subempleo crecientes. Esta, ni su situación de economía dependiente, es una realidad reciente; en -- el plano de las relaciones laborales, ello ha conducido a que el

Estado en su función tutelar desarrollara un papel intervencionista con el fin esencial de equilibrar los términos y condiciones de trabajo. Al respecto, el mandato constitucional compromete al Estado para que, a través de sus diversos poderes, materialice, de modo efectivo, el principio de igualdad.

Realmente, cada frase de este precepto constitucional es producto de una realidad socio-laboral que durante muy prolongado tiempo se ha mantenido con profundas desigualdades y negación de derechos básicos, de ahí que se consideraran necesarias puntualizaciones que, resultan inusuales a nivel constitucional.

El tercer párrafo del artículo en comentario, relativo a la prohibición de condiciones en toda relación laboral, "que impidan el ejercicio de los derechos constitucionales de los trabajadores o que desconozca o rebaje su dignidad", comprende un imperativo mandato de igualdad de trato en las relaciones de trabajo, con la prohibición de "condiciones", como la discriminación que resulta ser no solo impeditiva del ejercicio de derechos, sino violatoria del derecho fundamental de igualdad y vejatoria de la persona. Esta cuestión es ratificada y reforzada por los términos del párrafo siguiente, en cuanto insiste en el derecho de igualdad de trato como criterio rector de la actividad laboral y motivo de protección por el Estado.

A lo señalado se suma el enunciado general contenido en el artículo 57, con el que finaliza el Capítulo V, del Trabajo, en comentario, cuyo primer párrafo dispone:

" Los derechos reconocidos a los trabajadores son irrenunciables. Su ejercicio está garantizado por la Constitución. Todo pacto en contrario es nulo".

La fórmula de este precepto ha de estimarse garantizadora de la eficacia de los principios y derechos constitucionales que en materia laboral se han establecido; la previsión de nulidad

a que se refiere es un medio de significativa trascendencia, lo - que quedará implícitamente evidenciado, para nuestro tema, con el tratamiento concreto de los derechos sindicales correspondientes al Capítulo siguiente.

La realidad práctica peruana y sus antecedentes, se dice, han justificado el carácter reglamentarista de su Constitución Política, lo cual resulta muy evidente en materia de Derecho del - Trabajo. El rol proteccionista del Estado se mantiene, especialmente porque subsisten normas legales laborales que así lo indi-- can.

Dentro de los significativos cambios intentados al respecto, tenemos la implementación de una política laboral dirigida hacia una concepción tripartita de las relaciones de trabajo que, originalmente, como una de las primeras expresiones de la renovada vida democrática, dio lugar a la creación de la Comisión Nacional Tripartita, la que posteriormente se tradujo, a través de la nueva ley del Ministerio de Trabajo y Promoción Social -Decreto - Legislativo n° 140, del 12 de Junio de 1981-, en el Consejo Nacional de Trabajo, cuyo objetivo según el artículo 15 Capítulo V -de los órganos de concertación y oordinación- es "... lograr la concertación del Gobierno, los empleadores y los trabajadores en la orientación, formulación y ejecución de la política de trabajo y Promoción Social, con la finalidad de elevar los niveles de vida de los trabajadores, incrementar la productividad del país e impulsar el desarrollo nacional..."

La OIT, a través de principios tripartitos ha tenido una clara influencia en ello, más aun a partir del Convenio n° 144 sobre consultas tripartitas para promover la aplicación de las normas internacionales de trabajo, así como la Recomendación n° 152 sobre la misma materia, ambos instrumentos de Junio de 1.976, y - de idónea expresión de los criterios estructurales y funcionales que rigen la Organización. Con ellos, se extendió el principio - del tripartismo a nivel nacional, los que son materializados, en

Perú, en la primera oportunidad en que su realidad política lo -  
 permitió (37).

No obstante el reinicio de la democracia, el Perú atra--  
 viesa momentos de transición en los que subsisten disposiciones -  
 legales que no corresponden idóneamente a las implicancias de di-  
 cha concepción (38). En tal sentido, ha de estimarse un nuevo pa-  
 so hacia adelante que la ley de organización de los sectores de -  
 Trabajo y Promoción Social -Decreto Legislativo n° 140- establez-  
 ca, como función específica de tales sectores, en su artículo 8,  
 inciso b, lo siguiente: " ... Fomentar el sistema de negociación  
 colectiva, facilitando la conciliación, mediación y arbitraje, y  
 estableciendo normas y procedimientos para la solución de conflic-  
 tos laborales que garanticen igualdad de trato y de asesoramien-  
 to"; así como que en el inciso c) del mismo artículo disponga:  
 "Establecer los procedimientos, incluyendo el sistema arbitral, -  
 para la atención y solución de las reclamaciones sobre interpreta-  
 ción de pactos y convenios colectivos e incumplimiento de dispo-  
 siciones legales y/o convencionales de trabajo".

Además, ya el reglamento correspondiente, Decreto Supre-  
 mo n° 03-82 TR del 5 de Febrero de 1982, en su artículo 16, reite-  
 ra que "El Consejo Nacional de Trabajo y Concertación Social tie-  
 ne como objetivo lograr la concertación del Gobierno, los emplea-  
 dores y los trabajadores en la orientación, formulación y ejecu-  
 ción de la Política de Trabajo y Promoción Social..."

En materia de normas sustantivas, la dispersa legislación  
 laboral peruana carece de un precepto que de forma directa y ex-  
 presa prohíba la discriminación en las relaciones laborales; ta-  
 les normas llevan implícita la prohibición, en tanto han de sus-  
 tentarse en los principios constitucionales y están dirigidas a -  
 equiparar los presupuestos del trabajador y empresario, como par-  
 tes de una misma relación, frente a la ley.

El principio de igualdad, pues, ha sido informador en la

evolución de la actividad legislativa peruana en materia laboral, obteniéndose normas de diferente contenido, con el factor común - de estar dirigidas a reivindicaciones sociales y subsanar, indirectamente, las desigualdades dadas en las relaciones de trabajo; tema sobre el cual aporta muchos elementos de juicios, la concreta realidad socio-económica peruana del presente siglo.

Dentro del trabajo por cuenta ajena cabe mencionar el - acertado refuerzo ofrecido por la Constitución al hacer uso de la expresión "trabajadores", omitiendo distinción entre empleados y obreros, los que todavía mantienen regímenes laborales diferentes (39).

De otro lado, el principio constitucional de igualdad ante la ley lleva, asimismo, a la revisión de las condiciones legales de trabajo de la mujer, la cual ha venido gozando de una serie de prerrogativas que han de ser adecuadas y actualizadas dentro - de una correspondencia con justificadas desigualdades de trato, - las que imponga su naturaleza respecto del varón, sin que ello, - claro está, traduzca, indirectamente, perjuicio alguno o discriminación.

Con relación a nuestro tema central, es preciso en el ordenamiento peruano el desarrollo legislativo de los preceptos - constitucionales que consagran el principio de igualdad, de modo que se imponga, expresamente, el derecho de igualdad de trato en las relaciones de trabajo, a través de normas prohibitivas de discriminación en razón, entre otras causas, del ejercicio de los de rechos sindicales; aun cuando dicho principio ha informado diversas decisiones legislativas, según se ha indicado anteriormente, son necesarias normas específicas idóneas y adecuadas a las reco- nocimientos constitucionales referidos, en relación a la actual - realidad socio-laboral.

## CAPITULO I.- NOTAS Y CITAS BIBLIOGRAFICAS

- 1.- En su sentido semántico: Igualdad es la "conformidad de una - cosa con otra en su naturaleza, forma, calidad o cantidad". - Real Academia Española - Diccionario de la Lengua Española - Espasa-Calpe, S.A. 2ª ed. - Madrid 1975 - p. 847.
- 2.- SS Juan Pablo II. Discurso pronunciado el 2-X-1979, a la XXXIV Asamblea General de la ONU.
- 3.- "Dignidad: Calidad de digno (que merece algo, en sentido favorable o adverso // Correspondientemente proporcionado al mérito y condición de una persona o cosa) // Excelencia, realce " Real Academia Española - Diccionario , cit. p. 580.
- 4.- El reconocimiento rige desde el 1 de Julio de 1981, para un - periodo de dos años (BOE del 30 de Junio).
- 5.- Para mayores medidas de seguridad y garantía de los derechos y libertades de la Convención europea se suscribe el Protocolo n° 4 en París, el 20 de Marzo de 1.952.
- 6.- El anexo de la Carta forma parte de la misma -artículo 38-; se refiere al ámbito de aplicación de la Carta y en su punto 1 a que los artículos 1 a 17, sin perjuicio del artículo 12 - (párrafo 4) y artículo 13 (párrafo 4) concerniente a extranjeros residentes.
- 7.- Conferencia Internacional de Bogotá de 1948.
- 8.- Constitución Política del Perú, título VIII, disposición general decimosexta.
- 9.- Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, artículos 3°.1 y 4°.1.
- 10.- Garrido Falla, Fernando.- "Comentarios a la Constitución", p. 26. Ed. Civitas, 1980. pág. 26.
- 11.- Sánchez Agesta, Luis.- "Sistema Político de la Constitución Española de 1978", pág. 86. Ed. Nacional - Madrid.
- 12.- Claro Fernández-Valmayor, J.L.- "Contenido y alcance de la - competencia del Estado contenida en el art. 149.1.1. de la - Constitución" - Revista Española de Derecho Constitucional n° 1, pág. 135.
- 13.- Idem.
- 14.- Juan Pablo II y los Derechos Humanos. Eunsa .Pamplona. 2a.ed. Homilía del 3-10-1979 en el Logan y Cirde, Filadelfia- p.108; J. Discurso pronunciado el 14-1-1980 al Cuerpo Diplomático - acreditado ante la Santa Sede p. 135.

- 15.-Peces-Barba, Gregorio.- "Derechos Fundamentales. p-18-24, 4a ed.- Facultad de Derecho Universidad Complutense - Madrid.
- 16.- Lucas Verdú, Pablo.- "Valores y principios rectores de la política social y económica en la Constitución de 1978" - Curso de doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1983-84 - Exposición del 15 de Noviembre de 1983.
- 17.- Basile Silvio.- "Los principios fundamentales" en "La Constitución Española de 1978" - Estudio sistemático dirigido por los Prof. Alberto Pridieri y E. García de Enterría.p. 264. Ed. Civitas 1980 - 1ª ed.
- 18.- Alzaga V., Oscar.- "La Constitución Española de 1978" (comentario sistemático) - pág. 182 - Sección de Publicaciones - Facultad de Derecho - Universidad Complutense.
- 19.- Garrido Falla, F.- "Comentarios a la Constitución de 1978", p. 183. Ed. Civitas.
- 20.- Carro Fernández-Valmayor, J.L. - op. cit. p. 135
- 21.- Idem -p. 136.
- 22.- Rodríguez Piñero, M.- "El principio de igualdad y las relaciones laborales" - Revista de Política Social (R.P.S.) nº 121, pág. 394.
- 23.- Carro Fernández-Valmayor, J.L. - op. cit. pág. 140.
- 24.- Garrido Falla, F.- "Comentarios a la Constitución" T pág. 186
- 25.- Rodríguez Piñero, M.- "El principio de igualdad..." cit. pág. 388.
- 26.- Op. cit. pág. 184.
- 27.- Lo allí indicado se entiende, sin perjuicio de lo prescrito - por los artículos constitucionales nº 56.3 y 61.2, relativos a la protección especial a la personal del Rey y a la inmunidad de diputados y senadores, respectivamente.
- 28.- Rodríguez Piñero, M.- "El principio... " cit. pag. 389.
- 29.- Garrido Falla, F.- "Comentarios... " cit. pág. 289.
- 30.- Idem .- pág. 499
- 31.- Idem - p. 452
- 32.- Rodríguez Piñero, M. - "No discriminación en las relaciones laborales" en "Comentarios a las leyes laborales" dirigido por Efrén Borrajo D. Tomo IV pág. 335.



- 33.- Alonso Olea, M. señala al respecto: "En cuanto a la prohibición de discriminación por razón de edad se establece la -- reserva," dentro de los límites enmarcados por esta ley" (ET), se refiere no tanto a las reglas sobre trabajos de menores y capacidad de estos para la celebración del contrato (artículo 6° y 7°, a cuyo comentario se remite), fundadas en razones elementales sin conexión alguna con una discriminación -- posible, como a la más discutible delimitación de la capacidad de contrato y extinción de los contratos de trabajo por razón de vejez, a que se refiere la disposición adicional 5a "El Estatuto de los Trabajadores, texto y comentario breve". pág. 37 - Ed. Civitas.
- 34.- Al respecto el profesor Alonso Olea señala: " ... el aislamiento de la edad, para prohibir respecto de ella la discriminación desfavorable", admitiendo a su contrario la "favorable", no se ve con claridad si la edad aquí citada es la temprana o la avanzada; ambas si se aplica el principio donde -- la ley no distingue; esto plantea los problemas muy graves -- que se verán al comentar la disposición adicional 5a. "El Estatuto de los trabajadores" Texto y Comentario breve - Ed. -- Civitas p. 72.
- 35.- La sola expresión, en tal caso, sugiere en confrontación con específicas normas, muchas de origen consensual internacional, reguladores de las condiciones laborales de la mujer en orden a las singularidades de su naturaleza, una serie de -- cuestionamientos. Aun cuando se asuman tácitas derogaciones del ET, es un tema que demanda mayor atención y precisión, en razón --entre otras-- de las justificadas y necesarias distinciones que la aplicación del principio de igualdad exige.
- 36.- "El principio de igualdad..." cit. pág. 389.
- 37.- Un antecedente de las vías tripartitas lo constituye la Comisión que tuvo por función fijar los salarios mínimos vitales; actividad que posteriormente fue absorbida por el Gobierno -- con motivo de los necesarios y constantes reajustes remunerativos establecidos a consecuencia del acelerado ritmo inflacionario; cambio que se formalizó con la promulgación del Decreto legislativo n° 140, artículo 8-g).
- 38.- Decreto Supremo n° 006-71 TR sobre negociación colectiva (que prevé la intervención de trabajo resolviendo sobre el pliego petitorio).
- 39.- La normativa laboral vigente diferencia los regímenes correspondientes a empleados y obreros. Se estimó en 1924 con la Ley 4916, del empleado particular, que los presupuestos jurídicos en uno y otro caso, eran diferentes; influyó en ello -- el ya superado criterio clasificador de la mayor o menor predominancia del trabajo intelectual o manual en la función --

desempeñada. Disposiciones inmediatamente anteriores a la Constitución vigente empezaron a generalizar la expresión "trabajador" para una futura unificación de regímenes.

## CAPITULO II.- LA LIBERTAD SINDICAL Y EL DERECHO DE SINDICACION

El tema que aquí corresponde se abordará según el marco - adoptado en el capítulo anterior, como método para determinar sus alcances e interpretación.

### I - En el ámbito Internacional

#### 1. La Declaración Universal de Derechos Humanos

Paralelamente al precepto general recogido en su artículo 20.1, relativo al derecho de libertad de reunión y de asociación - pacíficas, en su artículo 23, dedicado a diversos aspectos del derecho al trabajo, establece en el punto 4, lo siguiente:

"Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses".

Este enunciado ya contaba con expresos antecedentes, entre estos, especialmente, el Convenio Nº 87 de la Organización Internacional del Trabajo sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación adoptado en Julio de 1948. Incluirlos en la Declaración no sólo era motivo de coherencia jurídica sino era preciso además responder a las exigencias histórico-sociales a través - de reconocimiento universal; a partir de ello, resulta inequívoca su categoría de derecho fundamental.

El profesor Russomano M. señala que: "La libre sindicación deriva de la inclinación del hombre para la convivencia con sus semejantes. Es, en este sentido, un derecho natural..." (1).

S.S. Juan Pablo II, en la Carta Encíclica "Laborem Exercens"

del 14 de Septiembre de 1981 expresa que: "Los derechos humanos - que brotan del trabajo, entran precisamente dentro del más amplio contexto de los derechos fundamentales de la persona".

El derecho a fundar sindicatos y el de sindicación son concebidos en la Declaración bajo los presupuestos de libertad, jus-ticia y paz, los que a su vez se sustentan en el reconocimiento de la dignidad humana y la igualdad de las personas ante la ley. Ta-/les presupuestos informan la interpretación y desarrollo positivo de los citados derechos, cuyo ejercicio, según el artículo 29.3 de la Declaración, no podrá ser opuesto a los propósitos y principios de las Naciones Unidas. Este precepto aún cuando es de carácter declarativo y general desarrolla un papel orientador en el tratamiento que corresponde a los derechos que ahora nos ocupan.

## 2. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

(Nueva York, 16 de Diciembre de 1966)

Cumple con esclarecer el reconocimiento en comentario en - los términos que contiene su artículo 22, cuyo punto 1º establece:

"Toda persona tiene derecho a asociarse libremente - con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intere-/ses".

El ejercicio de tal derecho, señala el punto 2º:

"...sólo podrá estar sujeto a las restricciones pre-vistas por la ley que sean necesarias en una socie-/dad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público o para - proteger la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los demás...".

La última parte de este inciso, contempla la posibilidad -

de restricciones legales para los miembros de las Fuerzas Armadas o de la policía, lo cual es susceptible de explicarse en orden a la naturaleza de las funciones que aquellos desempeñan.

El punto 3º, con mención del Convenio Nº 87 OIT antes referido, puntualiza que las medidas a adoptarse han de ser sin menoscabo de las garantías del convenio.

En orden a la plena correspondencia de los presupuestos - de este Pacto con los de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los principios de libertad, justicia, igualdad y paz social son, también en este caso, informadores en la interpretación de - sus preceptos.

### 3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

(Nueva York, 16 de Diciembre de 1966)

Este Pacto guarda, como el anterior referido, similar -- correspondencia con la Declaración Universal de Derechos Humanos - en cuanto presupuesto y principios. Su artículo 8.1.a) establece - el compromiso, para los Estados Partes del Pacto, de garantizar:

"El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección...No podrán imponerse - otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en - una sociedad democrática...".

El derecho de "fundación" se extiende, según lo explicita el seguido inciso b), al de formar federaciones, confederaciones y organizaciones sindicales internacionales.

Finalmente, el inciso c) en base al tácito sustento de la autonomía y libertad sindical, que ya se encontraba ampliamente -

reconocida por otros cauces del ámbito internacional, reitera el - derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos, sólo con las limitaciones prescritas por la ley y necesarias en una sociedad de mocrática en interés de la seguridad nacional o del orden público para la protección de derechos y libertades ajenos.

Este Pacto, según el punto 3 del artículo en comentario, - se ajusta a los alcances y garantías del Convenio Nº 87 - OIT de - manera expresa y análoga al Pacto antes referido, esto es, desauto\_rizando cualquier menoscabo a tales garantías.

En similar sentido establece el artículo 46 que ninguna - disposición del Pacto debe interpretarse en menoscabo de las dispo\_siciones de la Carta de las Naciones Unidas o de las constituciones de los organismos especializados; esto es, en el presente caso, la Organización Internacional del Trabajo.

#### 4. Convenio europeo para la protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales

(Roma, 4 de Noviembre de 1950)

Según lo declara su preámbulo, surgió para una estrecha - unión entre los miembros del Consejo de Europa, a través de la ple\_na adhesión al reconocimiento universal de los derechos y libertades a los que el Convenio se refiere. Su artículo 11 punto 1º dispone lo siguiente:

"Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afi-/liarse a los mismos para defensa de sus intereses".

Las restricciones para el ejercicio de tal derecho tampoco podrán ser, en este caso, otras que las previstas por la ley, como medidas necesarias, en una sociedad democrática.

España, en la firma del Convenio, estableció reserva respecto del artículo 11, en la medida en que fuera incompatible con los artículos 28 y 127 de su Constitución, sobre derecho de sindicación y huelga, y la excepción para Jueces, Magistrados, y Fiscales del ejercicio de tales derechos respectivamente.

##### 5. Carta Social Europea

(Turín, 18 de Octubre de 1961)

Su parte I - punto 5 establece:

"Todos los trabajadores y empleadores tienen derecho a asociarse libremente en organizaciones nacionales o internacionales para la protección de sus intereses económicos y sociales".

La Carta dedica atención prioritaria al trabajo por cuenta ajena en su parte II - artículo 10. 1, el cual reposa en los principios contenidos en la parte I, en que se refiere a la oportunidad y libre elección de trabajo como derecho de la persona.

El artículo 5, bajo el título de Derecho Sindical, se proyecta dentro del área de libertad de asociación con los objetivos de garantizarla y promoverla por medio del compromiso para las Partes Contratantes de que la legislación nacional, ni su aplicación menoscabe esa libertad.

España, en su ratificación declara que este artículo lo interpretará y aplicará en razón del artículo 31 - de las restricciones y anexo de la Carta, de forma compatible con los artículos 28, 103.3 y 127 de su Constitución Política; reserva similar a la formulada respecto al Convenio europeo, con adición de la excepción - del caso de los funcionarios públicos respecto del ejercicio ordinario del derecho de sindicación.

## 6. La Convención Americana de San José de Costa Rica

Considerando desde su preámbulo, los principios consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece en su artículo 16 - de la libertad de asociación, lo siguiente:

- "1- Todas las personas tienen derecho a asociarse - libremente para fines...laborales...,o de cualquier otra índole;
- 2- El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley - que sean necesarias en una sociedad democrática;
- 3- Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aún la privación del ejercicio del derecho de asociación - a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la policía".

Aún cuando el presente texto no refiere expresamente el derecho de libertad sindical, éste queda comprendido, en sus aspectos fundamentales, en el reconocimiento general transcrito, y se complementa con el desarrollo de los principios sobre tal materia, efectuado por instrumentos internacionales, en concordancia y reafirmación de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

## 7. La Organización Internacional del Trabajo

- Principios.- La OIT ha venido confiriendo un lugar prioritario al derecho de libertad sindical dentro de la gama de derechos humanos que reconoce y propugna. La libertad sindical constituye postulado esencial de la Organización, así como asunto de permanente preocupación y estudio para la aplicación y adecuación en las legislaciones nacionales de los Estados miembros que tienen ra



tificados los convenios que consagran tal derecho.

- El texto de Constitución de la Organización señala en sus considerandos: "...que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social;... que existen condiciones de trabajo que entrañan injusticia, miseria y privaciones...; y, ... que es urgente mejorar dichas condiciones (en lo concerniente al) ...reconocimiento...de principios de libertad sindical...".

- En su anexo, relativo a los fines y objetivo de la Organización, parte I, señala: "La Conferencia (General de la Organización Internacional del Trabajo) reafirma los principios fundamentales sobre los cuales está basada la Organización y, en especial ....: b) la libertad de... asociación (como) esencial para el progreso constante".

- El Comité de Libertad Sindical y sus decisiones.- como mecanismo tripartito del Consejo de Administración de la OIT encargado de atender y examinar imparcialmente las quejas formuladas por violación de derechos sindicales, ha venido desarrollando una labor que contiene numerosos pronunciamientos sobre diferentes aspectos y alcances de la libertad sindical. Muchos casos que han sido objeto de su atención, han presentado sutilezas y peculiaridades que permiten esclarecer criterios y puntualizar la debida interpretación sobre la doctrina que en materia sindical ha propugnado la OIT.

En tal medida, las decisiones del Comité de Libertad Sindical resultan de particular importancia en tanto llevan a una más clara orientación de los derechos inherentes y derivado de la libertad sindical. Aún cuando los pronunciamientos del Comité tengan, repetidas veces, carácter general y se les atribuya influencias políticas, no es posible relativizar su validez dentro del margen que corresponde, en tanto constituyen, además, pautas que conservan actualidad con la dinámica que exige el tema de su competencia; de manera que, sus decisiones serán permanentemente citadas, en forma

complementaria, para mayor ilustración de los derechos contenidos en los convenios 87 y 98 OIT, fundamentalmente.

- Convenio Nº 87 -

La Conferencia General de la OIT, en su trigésima primera reunión, celebrada en San Francisco, adoptó, el 9 de Julio de 1948, el Convenio Nº 87 sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, en vigor desde el 4 de Julio de 1950. Conforme al preámbulo del Convenio, éste responde a "la afirmación del principio de libertad de asociación sindical", a que se refiere la constitución de la Organización, así como a la solicitud de la Asamblea General de las Naciones Unidas para la continuación de sus esfuerzos en materia de libertad de asociación, con la adopción de convenios internacionales.

El Convenio Nº 87 en su Parte I - De la libertad Sindical - artículo 2º consagra tal derecho en los términos siguientes:

"Los trabajadores y empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.

El concepto "libertad" en esencia sugiere un derecho de opción, de elegir, inherente a la naturaleza humana y dignidad que le es propia. La pre-existencia de la libertad individual posibilita y justifica el reconocimiento de la libre asociación, como expresión del ejercicio de la libertad personal.

El derecho de libertad sindical consagrado por el Convenio 87, supone, en principio, la libre iniciativa de organización, comprendiendo el derecho fundacional, el de afiliación - el cual im-

plica el derecho de permanencia o retiro, y el de no afiliación.

El Comité de Libertad Sindical ha subrayado la importancia que concede a que los trabajadores y los empleadores puedan, de manera efectiva, constituir, con plena libertad, organizaciones de su elección y afiliarse libremente a ellas (6º informe, caso nº 3, párrafo 1024).

Además, a efecto de la creación de organizaciones de trabajadores y empleadores, el Comité ha interpretado reiteradamente el principio de no discriminación en su más amplia acepción; vale decir, reconociendo tal derecho, sin distinción por razones de ocupación, sexo, color, raza, creencias, nacionalidad, opiniones políticas, etc., no sólo a trabajadores del sector privado sino también a servidores del sector público. (110 informe, caso nº 519, Párr. 78).

El reconocimiento de libertad sindical tanto a trabajadores de los sectores privado y público, como a empleadores, traduce una necesaria expresión conjunta de igualdad ante la ley, aunque su materialización en la realidad práctica y su adecuación en las legislaciones nacionales demande tratamientos específicos en orden a las propias circunstancias.

El derecho de constituir las organizaciones que se estimen convenientes sin sujeción a previa autorización, no impide que la legislación prevea ciertas regulaciones formales; pero éstas no deben afectar las garantías contenidas en el Convenio 87. A tal efecto, la legislación debe puntualizar tales formalidades para determinar si éstas se cumplen, sin que su naturaleza condicione la adquisición de personalidad jurídica.

El artículo 3º del Convenio dispone:

"1- Las organizaciones de trabajadores y empleadores tienen derecho a redactar sus estatutos y regla-

mentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su plan de acción.

- 2- Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal".

El concepto autonomía implica, fundamentalmente, capacidad para gobernarse y posibilidad de autodirigirse; en este caso, resulta expresión de una forma de funcionamiento coherente a la libre vida sindical. La autonomía sindical, más que una suma de libertades individuales es el resultado de un reconocimiento legal a la libertad colectiva representada, aunque su sustento, indudablemente, concierne a un derecho fundamental de la persona. Dicha autonomía, cabe agregar, se desarrolla dentro de un ordenamiento jurídico, de manera que las organizaciones sindicales aún cuando deben gozar de autonomía y libertad, no son islas, sino parte integrante de un ordenamiento de Derecho; la "plena" autonomía atribuida a las organizaciones sindicales, entonces, ha de entenderse en tales términos.

Al respecto, el profesor Russomano M. señala que, la autonomía sindical presupone:

- "a) Derecho a crear nuevas entidades, cumpliendo, naturalmente, - las exigencias del derecho positivo, variables, según el lugar y la época.
- b) Derecho a la libre organización interna que, básicamente consiste en la prerrogativa del sindicato a votar su propio estatuto.
- c) Derecho a funcionar libremente, dentro de la ley en vigor, más sin que esta ley comprima el derecho de la representación por el sindicato de los intereses de sus asociados" (2).

Sobre el particular, el Comité de Libertad Sindical ha señalado que la negativa de un gobierno de reconocer los estatutos

adoptados por el congreso de un sindicato no está en conformidad - con el principio de que las organizaciones de trabajadores deben - tener el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos sin inter-  
vención de las autoridades públicas. (127º informe, caso nº 644, - párr. 250).

El artículo 3 del Convenio se refiere también, expresamen- te, a la libre elección de representantes, lo que comprende las - condiciones de elegibilidad, y los procedimientos de elección y - destitución.

Al respecto, los pronunciamientos del Comité de Libertad - Sindical están en la línea del principio de que la elección de re- presentantes debe realizarse con plena libertad (22º informe, caso nº 148, párr. 94). Con lo cual, no son admisibles, por incompatibi-  
lidad al Convenio 87, las restricciones o discriminaciones por mo- tivo de raza, nacionalidad, profesión, opiniones políticas, etc.

La libertad de organización y administración cuenta, según el Comité, con el principio de que en todo movimiento sindical de-  
mocrático, el congreso de afiliados es la instancia sindical supre-  
ma (23º informe, caso nº 11, párr. 164).

Las actividades y programa de acción a que se refiere el - artículo en comentario, ha de contar igualmente con amplia liber-/  
tad, entendida ésta dentro de los fines propios de las organizacio-  
nes sindicales y, sin perjuicio de la libertad de opinión de sus - miembros: aquellas han de sustraerse de la dependencia de los pode-  
res públicos.

Consecuentemente al reconocimiento de libertad fundacional de sindicatos, el artículo 4 del Convenio 87 establece que las or-  
ganizaciones de trabajadores y empleadores no están sujetas a diso-  
lución o suspensión por vía administrativa; prohibición que se ex-  
tiende, por el artículo 6, a las federaciones y confederaciones.

En reiterados informes, el Comité de Libertad Sindical ha subrayado la importancia del principio según el cual las organizaciones de trabajadores y empleadores no deben ser suspendidas por vía administrativa, - e insistido en que la disolución de tales organizaciones sólo puede tener lugar por un procedimiento judicial normal, que permita el derecho de defensa ante el Juez.

El derecho de libertad sindical comprende, según el artículo 5 del Convenio 87, la posibilidad de que las organizaciones de trabajadores y empleadores se constituyan en federaciones y confederaciones, con derecho a afiliarse a las organizaciones internacionales de la misma naturaleza; tales organizaciones de grado superior se rigen por las disposiciones contenidas en los comentados artículos 2, 3 y 4 del Convenio.

El Comité de Libertad Sindical ha insistido en el derecho de constituir "las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a ellas" (38º informe, caso nº 393, párr. 73; - 128º informe, caso nº 662, párr. 40). Asimismo ha indicado que la solidaridad internacional constituye uno de los objetivos básicos de todo movimiento sindical; por ello, toda organización, federación o confederación tiene derecho a afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores y empleadores (105º informe, caso nº 503, párr. 212).

El ejercicio de los derechos derivados de la libertad sindical está, de un lado, sujeto al respeto de la legalidad, por expresa disposición del artículo 8.1 del Convenio; y, de otro, protegido del supuesto de que la legislación nacional menoscabe las garantías contenidas en el convenio, según prescribe el punto 2 del mismo artículo.

Este artículo genera obligaciones recíprocas: de un lado, para trabajadores y empleadores y, de otro, para los poderes públicos; las organizaciones de aquellos han de constituirse y funcio-

nar dentro de la legalidad, como exigencia común a toda persona física o jurídica integrante de una colectividad o un país. A su vez, la legislación no debe menoscabar ni obstaculizar las garantías - conferidas por el Convenio 87.

Al respecto, además, la OIT ha señalado la estrecha vinculación existente entre los derechos sindicales y las libertades civiles (como fruto de la experiencia demostrada de que las restricciones a la libertad sindical aparecen en aquellas situaciones en que están limitadas las libertades civiles), conforme lo expresa la resolución sobre derechos sindicales y su relación con las libertades civiles adoptada en su 54ª reunión, en 1970. En tal sentido, - el Comité de Libertad Sindical ha resaltado la importancia de reafirmar los principios fundamentales de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y los del Pacto Internacional de Derechos, Civiles y Políticos, considerando, reiteradamente, que su violación hace peligrar y entorpece el libre ejercicio de los derechos sindicales. (56º informe, caso nº 235, párr. 202; 129º informe, caso nº - 666, párr. 248).

El Convenio 87 concluye su parte I definiendo, en su artículo 10, el término "organización" como la constituida por trabajadores o empleadores que tienen por objeto fomentar y defender sus intereses.

#### - Convenio Nº 98 -

Con fecha 1º de Julio de 1949, la Conferencia General de - la OIT, en su trigésima segunda reunión, celebrada en Ginebra, -- adoptó el Convenio Nº 98 relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva con vigor - desde el 18 de Julio de 1951. Su artículo 1º, punto 1, establece:

"Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su -

empleo".

Este precepto tiene clara orientación de protección contra los actos de ingerencia o violación, de la parte empresarial fundamentalmente, en el ejercicio de la libertad sindical de los trabajadores con respecto a su empleo. Conceptua como actos discriminatorios antisindicales las represalias para el ingreso o permanencia en el puesto de trabajo, que tengan por causa el ejercicio de la libertad sindical.

El objetivo del Convenio, en tal sentido, está dirigido a proteger el derecho de sindicación respecto de las conductas anti-sindicales en los supuestos siguientes:

- Artículo 1º - 2 - "a) sujetar el empleo de un trabajador - a la condición de que no se afilie - a un sindicato o la de dejar de ser miembro de un sindicato:
- b) despedir a un trabajador o perjudicarle en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo, o con el consentimiento del empleador durante las horas de trabajo".

La orientación de las garantías de este convenio cambia en su artículo 2, en cuanto se refiere a la protección que deben gozar las organizaciones de trabajadores y empleadores de las ingerencias de unas respecto de otras, directas o indirectas, en su constitución, funcionamiento o administración. Describe el punto 2 del mismo artículo como actos de ingerencia las medidas que fomenten el sometimiento de la libertad autonómica sindical, a través de la dominación, sostenimiento económico y control de las organizaciones de los trabajadores a un empleador u organización de empleadores.



El Convenio prevé en su artículo 3 la necesidad de crear - organismos adecuados a las condiciones nacionales para garantizar el derecho de sindicación. Este precepto configura el compromiso - para los gobiernos ratificantes de que adopten las medidas nece-- sarias, referidas en este caso a "organismos adecuados a las nece-- sidades nacionales", para la aplicación y eficacia de derechos de sindicación.

El Comité de Libertad Sindical. resalta la obligación de - los gobiernos sobre el particular, en el sentido siguiente:

"En virtud del Convenio Nº 98, los gobiernos deben tomar - medidas, siempre que sea necesario, para que la protección de los trabajadores sea eficaz, lo que implica, por supuesto, que las -- autoridades habrán de abstenerse de todo acto que pueda provocar o tenga por objeto provocar una discriminación contra el trabajador en el empleo por causas sindicales". (84º informe, caso nº 415, - párr. 60).

La representación colectiva y su protección, además, están previstas en el artículo 4 de este convenio, como presupuestos para el estímulo y fomento de la negociación voluntaria entre las or ganizaciones de los trabajadores y empleadores u organización de - éstos, para reglamentar las condiciones de empleo y trabajo.

En términos similares al Convenio Nº 87, el presente mantie ne mesurada posición respecto de las garantías a que se refiere pa ra el caso de las Fuerzas Armadas y policía, delegando en la legis lación nacional la delimitación de los alcances de aquellas; no - obstante, señala el artículo 5.2 que la ratificación del Convenio no podrá considerarse "que menoscaba, en modo alguno, las leyes, - sentencias, costumbres o acuerdos ya existentes..." aplicables a - tales grupos. Análoga aclaración formula respecto a los funcionarios de la administración del Estado, explicitando en su artículo 6 que el Convenio no debe ser interpretado en menoscabo de sus derechos o estatuto.

- Convenio Nº 135 -

Complementariamente a las medidas previstas en los convenios 87 y 98 OIT, fue preciso establecer disposiciones adicionales para mayor eficacia de los derechos en ellos consagrados.

Así, el 23 de Junio de 1971 en la quincuagésima sexta reunión de la Conferencia General de la OIT se adoptó el convenio de referencia relativo a la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa. Su artículo 1º, aún cuando reitera la protección del derecho de afiliación sindical, está dirigido especialmente a lograr mayor protección para los representantes de los trabajadores en el desempeño de tal cargo, habida cuenta de que éste es causa frecuente de perjuicio laboral por la parte empresarial, incluida la represalia extrema del despido.

No era suficiente, haber proclamado el derecho de libre asociación, el derecho de fundación de sindicatos, la autonomía sindical, el de afiliación o no sindical, etc., puesto que el desarrollo de la vida laboral ofrecía muchos riesgos atentatorios al derecho básico de representación colectiva, lo que explica el tratamiento específico para los representantes de los trabajadores. Dentro de aquellos, están comprendidos, según el artículo 3 de este Convenio:

- a) los representantes sindicales, esto es, representantes nombrados o elegidos por los sindicatos o afiliados a ellos;
- b) representantes electos, es decir, representantes libremente elegidos por los trabajadores de la empresa según las disposiciones de la legislación nacional o de los contratos colectivos, y cuyas funciones no se extiendan a actividades que sean reconocidas como prerrogativas exclusivas de los sindicatos.

El Comité de Libertad Sindical en reiterados pronunciamiento

tos ha señalado: "Uno de los principios fundamentales de la libertad sindical es que los trabajadores gocen de protección adecuada contra los actos de discriminación antisindical en relación con su empleo -tales como despido, descenso de grado, traslado y otras medidas perjudiciales- y que dicha protección es particularmente necesaria tratándose de delegados sindicales, porque para poder cumplir sus funciones con plena independencia deben tener la garantía de que no serán perjudicados en razón al mandato que detentan del sindicato." El Comité ha estimado que la garantía en el caso de dirigentes sindicales, es también necesaria para dar cumplimiento al principio fundamental de que las organizaciones de trabajadores - han de contar con el derecho a escoger a sus representantes con plena libertad. (3)

El artículo 2 del Convenio 135 OIT establece que los representantes de los trabajadores deberán disponer de facilidades para el desempeño de sus funciones, teniendo en cuenta el sistema de relaciones obrero-patronales y sin perjuicio de la empresa interesada.

Los Estados ratificantes de este convenio han venido cumpliéndolo a través de vías legales y contractuales (convenio colectivos), con la concesión de licencias y permisos sindicales, autorizaciones de reunión en los locales de la empresa, etc.; es decir, se han materializado las "facilidades" en diversas modalidades; - las concreciones sobre las "protecciones" que propugna este convenio son más complejas: las primeras, son susceptibles de puntualizarse en situaciones o actividades determinadas, mientras que las protecciones que se pretenden no sólo resulta tema más abstracto, sino de más delicado interés para las partes, máxime si, como enuncia el convenio, la protección debe extenderse a todo acto perjudicial, lo que potencialmente comprende toda la relación laboral, dentro de lo que ya se ha dicho se incluye el despido que tenga por causa el desempeño de cargos y actividades de representación.

Este tema evidencia la estrecha vinculación que se da en -

la realidad práctica entre el ejercicio de la libertad sindical y los actos discriminatorios; vale decir, las violaciones del principio de igualdad de trato por razones sindicales.

El Comité de Libertad Sindical, a través de sus pronunciamientos, ha venido esclareciendo los márgenes y alcances dentro de los que debe comprenderse la protección de los representantes de los trabajadores frente, especialmente, a las potestades empresariales. El tema, con todo, no está totalmente definido por el Comité, mucho menos agotado; no obstante, sus decisiones delinear la orientación antes indicada.

- Convenio Nº 151 -

Del 27 de Junio de 1978, relativo a la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración pública.

Su aplicación concierne a todas las personas empleadas por la administración pública, según lo prevé el artículo 1º, esto es, con la salvedad -punto 2- de que la legislación nacional debe determinar el alcance respecto de los empleados de alto nivel..., y de las Fuerzas Armadas y la policía -punto 3.

La parte II, de la protección del derecho de sindicación, en el artículo 4, dispone:

- "1- Los empleados públicos gozarán de protección - adecuada contra todo acto de discriminación antisindical en relación con su empleo
- 2- Dicha protección se ejercerá especialmente contra todo acto que tenga por objeto:
  - a) sujetar el empleo...a la condición de que no se afilie a una organización de empleados públicos o a que deje de ser miembro de ella;
  - b) despedir a un empleado público o perjudicarlo

de cualquier otra forma a causa de su afiliación...o de su participación en las actividades normales...(de la organización)".

Seguidamente se prevé -artículo 5- que estas organizaciones han de gozar de completa independencia y de adecuada protección contra ingerencias de la autoridad pública en su constitución, funcionamiento o administración.

El artículo 6, se refiere a las facilidades que deben concederse a los representantes de esta organización para el desempeño de sus funciones, durante las horas de trabajo o fuera de ellas.

Se contempla, de otro lado, en términos generales, la -- obligación de adoptar procedimientos (negociación) para la determinación de las condiciones de empleo -artículo 7- y para la solución de conflictos -artículo 8.

Con relación a nuestro tema, finalmente, el artículo 9 establece:

"Los empleados públicos, al igual que los demás trabajadores gozarán de los derechos civiles y políticos esenciales para el ejercicio normal de la libertad sindical, a reserva solamente de las obligaciones que se deriven de su condición y de la naturaleza de sus funciones".

Cualquier duda general respecto de los derechos sindicales de los empleados públicos, queda despejada por este Convenio, que sintetiza y conjuga los aspectos fundamentales en tal materia, obtenidos de la experiencia internacional.

#### Recomendación No 119

Con relación a la protección ofrecida contra el despido de los representantes de los trabajadores con motivo de su cargo, la

Recomendación Nº 119 OIT sobre la terminación de la relación de -  
trabajo por iniciativa del empleador del 26 de Junio de 1963, en -  
su parte II, punto 3, señala que no deben constituir causa justifi-  
cada para la terminación de la relación de trabajo entre otras, -  
las siguientes: a) la afiliación a su sindicato a la participación  
en sus actividades fuera de las horas de trabajo o, con el consen-  
timiento del empleador, durante las horas de trabajo; b) ser candi-  
dato o representante de los trabajadores o actuar o haber actuado  
en dicha calidad.

#### Recomendación Nº 143 OIT

Adoptada el 23 de Junio de 1971, sobre la protección y fa-  
cilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabaja-  
dores en la empresa, contiene, en su 2ª parte, disposiciones gene-  
rales que esclarecen, en términos similares el Convenio 135 OIT, -  
quiénes son representantes de los trabajadores: los representantes  
sindicales y los representantes electos. Igualmente, hace la suge-  
rencia de que ante la coexistencia de ambas formas de representa-/  
ción en una misma empresa, las medidas de garantía para los repre-  
sentantes electos no deben menoscabar la posición de los sindica-/  
tos, sino fomentar su colaboración.

A partir de su parte III, punto 5, la Recomendación en co-  
mentario alude a concretos supuestos de afiliación y actividad sin-  
dical para la protección eficaz de los representantes de los traba-  
jadores, "contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el -  
despido...".

La Recomendación, frente al supuesto de que no existan "me-  
didas apropiadas de protección aplicables a los trabajadores en ge-  
neral", señalan deben adoptarse medidas específicas de protección  
efectiva para los representantes de los trabajadores. Con ello, no  
se esclarece lo suficiente que el primer supuesto es independiente  
de la protección especial que justifica esta Recomendación, por el

contrario; es decir, aún cuando si existan medidas de protección - aplicables a los trabajadores en general, los representantes de - los trabajadores requieren de un tratamiento específico a efecto - de ejercicio de sus funciones.

Las medidas recomendadas al respecto son de carácter sus- / tantivo y procesal; de un lado, sugieren una definición detallada y precisa de los motivos justificantes de la terminación de la relación laboral de los representantes de los trabajadores, la exi- / gencia de consulta o dictamen de un organismo independiente, un - procedimiento especial de reclamación por trato injustificado, reparación eficaz que comprenda -en cuanto no sea contrario a los - principios de derecho del país interesado- la reintegración en el puesto de trabajo, con el pago de salarios no cobrados y manteni- / miento de sus derechos adquiridos. A efectos procesales, recomienda imponer al empleador, cuando se alegue causa discriminatoria antisindical en caso de despido, la obligación de probar la justificación de éste; finalmente, recomienda reconocer la prioridad que ha de darse a los representantes de los trabajadores para la permanencia en el empleo en caso de reducción de personal.

La Recomendación señala la conveniencia de hacer extensiva la protección a que se refiere, tanto a los trabajadores "sindica- / dos" o los que han sido representados como tales, tanto para la - elección o nombramiento, como a los elegidos en un periodo posterior al cese de las funciones de representación. El término de tal mandato, indica, debe implicar la conservación o recuperación de los derechos derivados de la relación de trabajo.

Las "facilidades" puntualizadas en la parte IV de la Recomendación están dirigidas a permitir el desempeño rápido y eficaz de las funciones de representación; se refiere al tiempo libre necesario para tales actividades, sin disminución o pérdida de remuneración y otros derechos laborales, así como a sus formas de concesión; posibilidad de asistir a reuniones, cursos de formación, - seminarios, etc.; autorización para entrar a todos los lugares de

trabajo de la empresa; comunicación, sin dilación indebida, con la dirección de la empresa; colocación de avisos y distribución de publicaciones del sindicato o colectivo representado. Por último, la Recomendación prevé que la empresa proporcione facilidades materiales e información para el desempeño de las funciones de representación, así como que los representantes sindicales, aún cuando no trabajen en la empresa, pero el sindicato cuente con afiliados en ella, tengan acceso en el local de aquella.

La Recomendación Nº 143 OIT responde a situaciones que la realidad práctica presenta como puntos vulnerables de violación de la libertad sindical con relación al derecho de representación y actividades inherentes; su contenido contribuye, además, a determinar algunas motivaciones discriminatorias de lo que veremos como despidos directos e indirectos.

- Convenio Nº 158 -

Recientemente, el 22 de Junio de 1982, la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó el Convenio Nº 158 sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador. El Convenio, considerando las novedades legislativas y prácticas posteriores a la Recomendación Nº 119, así como las nuevas situaciones económicas y cambios tecnológicos, dispone concretas y nuevas normas en la materia de que trata. Su parte II, artículo 4, establece que la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador ha de estar justificada por causa relacionada con la capacidad del trabajador o su conducta, o en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.

Complementariamente, en forma expresa, el artículo 5 señala entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo, entre otras, las siguientes:

"a) la afiliación a un sindicato o la participación



en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo;

- b) ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad".

De otro lado, a efectos procesales, el artículo 9.2 señala que a fin de que el trabajador no esté obligado a asumir por su so la cuenta la carga de la prueba de que la terminación de su rela-  
ción de trabajo fue injustificada, debe preverse la posibilidad de que incumba "al empleador la carga de la prueba de la existencia -  
de una causa justificada", para dicha terminación, y/o a través de organismos neutrales, habida cuenta de las pruebas aportadas por -  
las partes.

Aún cuando esta última disposición es susceptible de una ne-  
cesaria concreción y delimitación, en sí conlleva una orientación clara en materia de carga probatoria, lo que constituye aspecto de importancia en la terminación de la relación de trabajo. La Reco-  
mendación Nº 119 ha sido desarrollada por el Convenio en comentario, cuya vigencia, como es de rigor, regirá doce meses después de la -  
fecha de dos ratificaciones registradas por el Director General, y para cada miembro doce meses después de su ratificación. Con ello cabe en estos momentos vislumbrar las proyecciones en el ámbito in-  
ternacional, como su futura incidencia en las legislaciones nacio-  
nales, sin ser exigibles actualmente, mayores concreciones.

Se deja un mayor comentario de este Convenio para posterior oportunidad.

#### - Resoluciones OIT en materia de libertad sindical y su protección

El desarrollo de los principios sindicales propugnados por la OIT ha estado motivado e impulsado además por otros medios adicionales. Tales son resoluciones que han venido reforzando los de-

rechos consagrados por los Convenios 87 y 98. Cabe mencionar:

a) Resolución sobre la independencia del movimiento sindical - 1952. Puntualizó como misión fundamental y permanente del movimiento sindical el progreso económico y social de los trabajadores; reconoció, igualmente, la participación de los sindicatos en el progreso conjunto de la colectividad. Señaló como indispensable la libertad e independencia del movimiento sindical de los cambios políticos, así como la eliminación de toda discriminación, para la constitución de sindicatos.

b) Resolución sobre la protección de los derechos sindicales - 1955. Reafirmó la importancia de los derechos fundamentales de empleadores y trabajadores, de sus respectivas organizaciones - y, especialmente, los derechos de libertad e independencia.

c) Resolución sobre la abolición de la legislación antisindical en los Estados miembros de la OIT - 1957.

d) Resolución sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, incluyendo la protección de los delegados sindicales en todos los niveles - 1961.

e) Resolución sobre libertad sindical - 1961. Propone al Consejo de Administración estudiar la posibilidad de incluir en la constitución de la OIT determinados principios de los Convenios 87 y 98 e, igualmente, estudiar el refuerzo de los mecanismos protectores de la libertad sindical.

f) Resolución sobre la acción de la OIT en la esfera de los derechos humanos, y en particular con respecto a la libertad sindical - 1968 ("Año Internacional de los Derechos Humanos"). Condenó todas las prácticas discriminatorias, la opresión colonial, la denegación de la libertad sindical y todas las demás violaciones de los derechos humanos. Invitó al Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo a estudiar la mejor forma de protección de la OIT con respecto a los derechos humanos, y en especial la libertad sindical.

g) Resolución sobre los derechos sindicales y su relación

con las libertades civiles - 1970. Antes referida, con motivo del comentario del Convenio Nº 87.

El Comité de Libertad Sindical ha explicitado la estrecha vinculación existente entre los derechos sindicales y las libertades civiles, calificando los derechos de reunión, de manifestación pública, de libertad de expresión, etc., como esenciales de la libertad sindical. En categóricas afirmaciones ha resaltado que un movimiento sindical realmente libre e independiente sólo puede desarrollarse dentro de un régimen que garantice los derechos humanos fundamentales. (6º Informe, caso nº 2, párr. 1012; 7º Informe, caso nº 56, párr. 68).

## II - En el régimen jurídico de España

El ordenamiento jurídico español en materia de derechos sindicales tiene inserto los instrumentos internacionales citados en la parte I, puntos 1 a 5, así como los Convenios 87 y 98 OIT, a partir de las ratificaciones y adhesiones respectivas, (ya señaladas en el capítulo I), y conforme lo establece la Constitución en el artículo 96. Es más, su artículo 10.2 correspondiente al Título I -de los derechos y deberes fundamentales- dispone que los derechos fundamentales y libertades constitucionales se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. En algunos casos, las normas sobre la materia han reproducido literalmente los preceptos de los textos internacionales sobre libertad sindical y derecho de sindicación; éstos, además, han sido y son fuente de interpretación a efecto del desarrollo legislativo y aplicación práctica.

### 1.- Disposiciones Constitucionales

El artículo 28.1 de la Constitución, correspondiente al -

Capítulo Segundo -Derechos y Libertades, Sección 1ª - De los derechos fundamentales y de las libertades públicas, Título I, dispone:

" Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá - limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para - los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el - derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, - así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato".

El desarrollo de este precepto, en su calidad de derecho fundamental, ha de hacerse por la ley orgánica conforme a lo establecido por el artículo 81.1 de la Constitución; no obstante, tiene valor normativo inmediato y directo, conforme se colige de los artículos constitucionales 9.1 y 53.1 por los que este derecho - fundamental, se aplica a todos los ciudadanos y vincula a todos - los poderes públicos. Por su parte, el ET cumple con señalar la libre sindicación como derecho laboral básico, artículo 4.1b), - "con el contenido y alcance que... disponga su específica normativa".

### 1.1.- Ambito de aplicación

#### 1.1.1.- Sujetos

El artículo 28.1 C con la expresión inicial de: " Todos ..", ha suscitado cuestionamientos sobre su real significado y alcance. Los textos internacionales ratificados por España, especialmente el Convenio nº87 OIT es tan categórico en su letra, como en - la interpretación que ha merecido de parte del Comité de Libertad Sindical; de manera que, dentro del pleno carácter de libertad para la organización sindical están comprendidos los empresarios y trabajadores. El artículo 2 del citado Convenio, consagratorio del derecho

de libertad sindical, se dirige a "los trabajadores y los empleados, sin ninguna distinción...", expresión que se utiliza a lo largo de todo el texto. Aún cuando el Convenio 98 OIT no explicita tal alcance con igual claridad, su artículo 2 se refiere también a los trabajadores y empleadores a efecto de la protección que han de gozar en el ejercicio de su autonomía sindical.

No obstante todo ello, hay que reconocer que el uso de la expresión "sindicatos" se ha venido aplicando en la práctica el caso específico de trabajadores; la propia Constitución en su artículo 7, se acoge a tal tendencia en cuanto menciona de un lado a los sindicatos de trabajadores y de otro, a las asociaciones empresariales. Pero ello no traduce, ni formaliza, una modificación en la consagración original y sustancial del derecho de libertad sindical en su ámbito de aplicación a trabajadores y empresarios, ya que en ambos casos es esencialmente el mismo.

Es oportuna la mención de los criterios que justifican, paralelamente al pleno reconocimiento del derecho fundamental de libertad sindical, diferencia en la denominación de la organización de trabajadores y de las de empresarios.

Los cuestionamientos sobre las diferentes expresiones de los artículos constitucionales 7 y 28.1 cabe calificarlos en palabras del profesor Alonso García M. como: "...deficiencia puramente técnica y de carácter gramatical..., que no puede llevarse en modo alguno, hasta el extremo de entenderse que el artículo 28.1 ignora para los empresarios el derecho de asociación...", lo cual a su entender, además, fue determinado por la ley de Asociación Sindical del 1º de Abril de 1977, que reconoce tanto a trabajadores y empresarios la posibilidad de constituir asociaciones profesionales que estimen convenientes para la defensa de sus intereses. Dicho autor, agrega: "El artículo 28 no contiene un reconocimiento del derecho de asociación en principio limitado...ha de convenirse en que es afirmación que tiene un alcance general y que el derecho como tal pertenece sin diferencia o discriminación de ninguna clase a todos

cuantos puedan, por razón de capacidad jurídica, ejercitarlo" (4).

El tema también lleva a otro planteamiento que ha sugerido diversas opiniones: sobre si la genérica expresión en comentario - supone el reconocimiento de libertad sindical tanto para quienes - ejercen una actividad de trabajo por cuenta ajena, como para quienes la desempeñan en forma autónoma. Sobre este punto, según el - profesor Rodríguez Piñero, cabe decir: "...que el derecho de sind cación alcanza a todos los individuos en tanto que profesionales - en el ejercicio de su actividad laboral, no conexos a una activi-/ dad personal remunerada, bastando un mero interés económico" (5).

Tanto el derecho comparado, como la doctrina reciente acep tan un amplio ámbito de aplicación que no se agota con las relaciones del contrato de trabajo.

La aplicación de los derechos sindicales dentro del contex to del trabajo por cuenta ajena responde a una concepción que dentro del ámbito español es más exacta en cuanto a la correspondencia con su realidad concreta. No obstante, autores como Rayon Suarez - señalan que Sala Franco interpretó el proyecto constitucional en el sentido que: "el término todos habrá que ponerlo en relación con el artículo 7, donde se habla de sindicato de trabajadores, resultando que por tales no habrá que entender a todos los ciudadanos sino a todos los trabajadores, aunque no sólo a los trabajadores subordinados, sino también a los trabajadores profesionales..." . Agrega: "Esta parece ser la opinión que va generalizándose tanto en el ámbito de los países europeos más próximos como en el nuestro. No - obstante, ha de tenerse presente que tal orientación supone un -/ cambio radical en la definición del sindicato" (7)

Lo cierto es que los hechos evidencian nuevas facetas de - la libertad sindical que en determinados contextos puede no sea, - ni deba ser, de inmediata aplicabilidad; no obstante, es de admi-/ tirse, configura una posibilidad futura, generalizable y compati-/

ble con un amplio desarrollo y visión de la libertad sindical.

Aún cuando el Tribunal Supremo ha determinado indirectamente que el derecho de sindicación concierne a los trabajadores por cuenta ajena (3), la ley reguladora de los derechos sindicales, en desarrollo de las disposiciones constitucionales, podría puntualizar tal aspecto o mantener abierta la posibilidad de que el propio movimiento sindical sugiera en el futuro otras exigencias.

Frente a ello, es de tenerse presente el artículo 1º de la Constitución en cuanto al Estado ha de propugnar, entre otros, el valor de igualdad, cuya materialización ha de ser real y efectiva para los individuos y grupos, lo que corresponde promover a los poderes públicos -artículo 9 de la Constitución. Asimismo, corresponderá la aplicación del derecho de igualdad ante la ley, según lo consagrado por el artículo 14 de la Constitución.

#### 1.1.2. Condiciones esenciales de los sujetos

La capacidad jurídica para el ejercicio de la libertad sindical a que se refiere el artículo 28.1 C. queda sujeto a la regla general de la mayoría de edad - 18 años -, estipulada por el artículo 12 de la Constitución.

Los menores de edad, mayores de 16 años, en cuanto pueden trabajar (sin o con autorización..., según vivan o no independientes, artículo 7 b) ET) tiene facultad "para ejercitar los derechos y - cumplir los deberes que se derivan de su contrato y para su cesación". En tal medida, pueden entonces ejercer sus derechos sindicales -- (afiliación, voto, etc.) pero con la limitación de no poder ejercer el de representación, por cuanto su capacidad relativa impide actos vinculados con terceros. Tales premisas sustentan, además, - la norma limitativa del artículo 69.1 ET que dispone que serán -/ electores (en el procedimiento electoral de delegados de personal y miembros del Comité de Empresa) los mayores de 16 años, y elegi-

bles los trabajadores que tengan 18 años cumplidos.

## 1.2.- Objeto

La Constitución, en su Título Preliminar, artículo 7, primer párrafo dispone:

"Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción - de los intereses económicos y sociales que le son - propios".

Originalmente, el objeto de los sindicatos de trabajadores era estrictamente la reivindicación y defensa de sus intereses laborales. Aún cuando tal finalidad esencial subsiste, el panorama, a través del tiempo ha ampliado sus horizontes.

El precepto constitucional citado ofrece un amplio enunciado que, a la vez se vincula con otras disposiciones constitucionales que, en su conjunto, impiden identificar los intereses económicos y sociales a que se refiere sólo con los del ámbito laboral o profesional.

La trascendencia de la actualización sindical dentro del - contexto político económico ha demostrado que tales intereses son parte de los generales de una sociedad. Sin embargo, los sindicatos no tienen carácter de partidos políticos, su papel en el ámbito político ha de ser colaboración; en esencia, su objetivo es la defensa y tutela de intereses de trabajo, lo que consecuentemente, supone la lucha por la justicia social que, indudablemente, tiene implicancia política.

Desde 1952, la OIT con su resolución sobre la independencia sindical, cuyos enunciados mantienen acertada actualidad, estableció que la misión fundamental y permanente del movimiento sindical



es el progreso económico y social de los trabajadores, y que co--rrespondería a los sindicatos desempeñar un papel importante en los esfuerzos de cada país para el progreso del conjunto de la colectiividad; fines que, consideró, exigían la independencia del movimiento sindical de los cambios políticos de cada país.

El profesor Rodríguez Piñero señaló: "El propósito del sindicato es precisamente el crear una fuerza social que contrarreste a las fuerzas y poderes sociales empresariales que dominan y condicionan la estructura actual del trabajo y de la sociedad en el sistema de producción vigente". El autor, de otro lado, agrega: "No -obstante, debe reconocerse que el objetivo central del sindicato -es la tutela de intereses más específicos y directos del trabajo -..., pero también es llamado a intervenir en una decisión tan es-/trictamente política como es la elaboración de la planificación -económica. (9)

Según la Constitución, concierne a las organizaciones de -representación el ejercicio del derecho de huelga -artículo 28.2- para la defensa de los intereses de los trabajadores; la negocia-/ción colectiva como finalidad inherente a la asociación sindical, con derecho a adoptar medidas de conflicto -artículo 37- y, el -asesoramiento y colaboración en los proyectos de planificación -económica que corresponde efectuar al Gobierno -artículo 131.2 - / en concordancia con lo previsto en el artículo 9.2.

Todo ello, amplía significativamente el campo de intereses de las organizaciones sindicales, sin desvirtuar los objetivos fundamentales, así como los alcances de la representación colectiva -en sus diferentes expresiones, máxime por la constitucionalización de la práctica que así lo ha venido demostrando.

La ley reguladora de los derechos sindicales debe puntualiizar la actuación de los sindicatos en grado y forma de participa-/ción, para la posible y adecuada efectivización de derechos.

### 1.3. Contenido y alcance

El artículo 28.1 de la Constitución implica, fundamentalmente, para las personas físicas el derecho de constituir organizaciones sindicales, el de afiliación y el de no afiliación a aquellas; y, de otro, respecto a las organizaciones, el de crear otras de grado superior, así como el de constituir las a nivel internacional, con el consecuente derecho de afiliación o no a ellas.

La libertad sindical, entonces, se desarrolla, de un lado, a nivel individual y, de otro, a nivel colectivo. Se trata, esencialmente de un derecho subjetivo público cuyo ejercicio comprende diferentes facetas en las que están protegidos la persona física y el colectivo.

Aún cuando la redacción constitucional aparenta ser reiterativa, aquella no sólo corresponde a la mantenida por los textos internacionales consagratorios de la libertad sindical, sino responde a las especificaciones que aquella implica, como a las exigencias que el propio movimiento sindical conlleva, para su resguardo de injerencias tanto estatales como empresariales o incluso sindicales, esto es, de una-s organización-es sobre otra-s; aspectos que se comentarán posteriormente.

#### 1.3.1. Creación y Organizaciones sindicales

Si bien la redacción del artículo 28.1. C no se ajusta, en su orden, a la secuencia de la vida sindical el principio allí reconocido supone, en primer lugar, el derecho de crear organizaciones sindicales. Dicho artículo, en su segundo párrafo, dice: "La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos...". Al respecto, el artículo 7 de la Constitución incide sobre el presupuesto de libertad sobre el que se establece el derecho fundacional; textualmente señala sobre la creación de los sindicatos y las asociaciones profesionales que: "...son libres, dentro del respeto

a la Constitución y a la ley".

En efecto, tales iniciativas no han de tener restricción o limitación alguna, más ellas han de darse dentro del marco de legalidad vigente, que está facultada para regular el ejercicio en comentario en sus aspectos formales.

Los sindicatos son, propiamente, organizaciones de primer grado que, en su condición de personas jurídicas y en virtud del principio de libertad sindical, según lo tiene explicitado el artículo 28.1 C, gozan del derecho de constituir Confederaciones, esto es, organizaciones de grado superior, dentro de las que cabe incluir a las Federaciones, de grado inferior a las anteriores, y constituidas también por sindicatos.

La Constitución en tal punto agrega, que el derecho fundacional es extensivo a la creación de organizaciones sindicales internacionales; con ello se responde a la proyección internacional sobre el particular, la misma que ha resaltado, por medio del Comité de Libertad Sindical, la necesaria libertad que ha de darse en tales iniciativas, esto es, sin condicionamiento alguno de autorización gubernamental; aspecto que habría de estimarse comprendido por el mandato constitucional del citado artículo 7.

Los instrumentos jurídicos internacionales sobre la materia no señalan requisitos formales para el acto fundacional de sindicatos; cabe citar como el más cuestionado el de número mínimo de miembros. Al respecto, el Comité de Libertad Sindical consideró procedente el número de veinte miembros a efecto de la constitución de sindicatos. (90º Informe, caso nº 335, párr. 194); concreción que resultó significativa por las anteriores ambigüedades suscitadas por el mismo Comité, al indicar vagamente que las cifras a estipularse no debía ser "exageradas". (48º Informe, caso nº 191, párr. 72).

En realidad, cualquier cifra, de alguna manera, resulta -

arbitraria; no obstante, aún con riesgo a ser de relativa validez, ha sido preferible una concreta orientación sobre el particular, - como forma también de evitar reales arbitrariedades de trascendencia contra la libertad sindical.

Si bien la Constitución mantiene la amplitud debida en su reconocimiento la libertad sindical, y consecuentemente al derecho fundacional de organizaciones sindicales, corresponde a la ley reguladora. determinar las pautas del desarrollo y ejercicio de tal derecho, dentro de que, aún pudiendo prescindir del requisito numérico en referencia, se muestra aconsejable acogerse a la pauta determinada por el Comité de Libertad Sindical.

### 1.3.2.- Derecho de afiliación

Conforme lo consagran los textos internacionales sobre libertad sindical y derecho de sindicación, desde sus primeras líneas, y el artículo 28.1 de la Constitución, la afiliación a la organización sindical ha de ser expresión de libre manifestación de voluntad.

El derecho de afiliación supone libre decisión que, en principio. traduce la posibilidad de su ejercicio en el aspecto de nominado positivo, esto es, de afiliación a la organización de libre elección; y de otro lado, el ejercicio pasivo del derecho, - denominado negativo, de la libre decisión de no afiliación.

El derecho de afiliación constituye uno de los derechos - originarios o básicos de la libertad sindical, cuyo ejercicio comprende las etapas de ingreso en la organización sindical, el derecho de permanencia en éste, y la posible decisión de retiro, esto es, la desafiliación que resulta otra faceta del ejercicio activo del derecho de sindicación.

En toda la secuencia de afiliación sindical, las decisiones

individuales han de estar libres de toda influencia externa, cualquiera que sea su origen, vale decir, estatal, empresarial o sindical.

Después del reconocimiento internacional de la libertad - sindical se hizo necesario proponer medidas de protección y garantía para su eficacia. Entre ellas, las primeras estuvieron dirigidas - tanto a la libertad de constitución de organizaciones sindicales, como a la libre afiliación a ellas. Las medidas propuestas prevén las posibles ingerencias que pueden afectar el derecho de afiliación, provenientes tanto de los poderes públicos como de los empresariales.

Con respecto a las ingerencias estatales, los pactos y convenios internacionales disponen que las autoridades deben abstenerse de toda intervención que limite el derecho de libertad sindical o entorpezca su ejercicio legal y asimismo que el ordenamiento interno del país ratificante debe garantizar la libre decisión de - afiliación; tal correspondencia la mantiene, en este caso, la Constitución, tanto por disposición de su artículo 10.2 como por la interpretación del artículo 28.1, esencialmente.

Las ingerencias de origen empresarial y sindical con relación a la afiliación, ha demostrado la práctica, son de diversa modalidad; no obstante, se advirtió que una de las más frecuentes violaciones de la libertad de sindicación era la del empleo. Es -- decir, el acceso a la actividad laboral y la permanencia en ella, tradujo la posibilidad de instrumentalizar dicha via para condicionar la libre decisión de afiliación.

En tal sentido la ingerencia en la libertad de sindicación se configuró, tanto en su opción de afiliación y de no afiliación, causa para impedir el ingreso al trabajo o la permanencia en este.

Tales situaciones de coacción fueron tipificadas como -- transgresoras del derecho al trabajo y a la libertad sindical, -

ambos derechos fundamentales de la persona.

Los actos de injerencia en el libre ejercicio de los derechos sindicales se constituyen en discriminatorios en razón, además, de la violación del principio de igualdad de las personas ante la ley.

A todo ello, conviene tener presente la paulatina evolución conceptual dada en este siglo en torno a los derechos sindicales, - y a la progresiva adecuación con la realidad legal y práctica de - cada país. Aquellos, de posibilidad negada por ilicitud, pasaron a constituir un hecho social tolerado, para finalmente ser reconocidos universalmente como derechos fundamentales.

La asimilación de los postulados sindicales, a nivel de cada país, ha tenido diferente ritmo, con el factor común de que cada secuencia ha sufrido atentados contra la libertad sindical a -- través del empleo. sea para el ingreso o permanencia, lo cual se - constituye en situación discriminatoria ordinaria.

Las injerencias indebidas en el ejercicio de los derechos sindicales con relación al empleo han venido teniendo tres grandes manifestaciones; impedimento en el acceso al trabajo, modificación arbitraria de las condiciones de trabajo, y el despido. Este último constituye la conducta extrema dentro de los actos discriminatorios antisindicales, y que, como tema central del presente trabajo, será tratado en forma particular posteriormente.

#### Derecho de no afiliación

Aún cuando los textos internacionales no se refieren en - forma explícita a la libertad sindical en su expresión negativa, - ésta fluye de su interpretación integral, así como de las protecciones previstas expresamente para el libre ejercicio de los derechos sindicales.

Una significativa referencia, en tal sentido, la establece la Declaración Universal de Derechos Humanos, en cuyo artículo 20, punto 2º señala: "Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación". Asimismo, sobre el particular, el Tribunal Europeo de derechos humanos de Estrasburgo, en aplicación del artículo 11 del convenio europeo de derechos humanos, sobre el derecho de libre asociación determinó que el derecho de no afiliación es parte de -- aquella libertad, de manera que la coacción sobre tal derecho es -- violatoria del citado artículo. (10)

En esencia, implicando el ejercicio de una libertad la -- opción de elegir, ésta conlleva la posibilidad de ejercer o no el derecho de que se goza; en este caso, en primer lugar, el de afiliación, y, consecuentemente, el de no afiliación; en caso contrario, no sería real ni posible la realización de una auténtica libertad sindical. La inexistencia de la libertad de no sindicación imposibilitaría el derecho de afiliación en plena libertad. No obstante el reconocimiento universal sobre libertad sindical, tanto en los derechos básicos de ésta como en sus alcances, coexisten prácticas materializadas en convenios colectivos, con cláusulas condicionantes a la libertad sindical, lo que se analizará seguidamente.

La Constitución en su artículo 28.1, última parte, señala: "Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato"; con ello, -- el derecho de no afiliación se configura en derecho fundamental -- autónomo y no sólo derivado de una lógica interpretación de la libertad sindical.

El texto constitucional es terminante en tal sentido, de -- forma que convierte en inconstitucional cualquier normativa, disposición o acto que limite, condicione o viole el derecho de no afiliación.

### 1.3.3. Los Pactos de Seguridad Sindical

Las cláusulas y pactos entre las organizaciones sindicales

y empresarios, denominados comunmente como de seguridad sindical, - condicionan el ingreso al empleo o la permanencia en éste a la afiliación sindical del trabajador. Esta afiliación que deviene así - cuasi-obligatoria tiene por objeto esencial el fortalecimiento de las organizaciones sindicales.

La práctica en una u otra medida de los pactos de seguridad sindical se encuentra generalizada y formalizada en algunos - países como Inglaterra y Estados Unidos, de donde surgen las diferentes denominaciones para las diversas cláusulas o pactos destinados a asegurar la afiliación sindical.

Dentro de las modalidades existentes en materia de cláusulas o pactos de seguridad sindical, tenemos:

- Closed Shop - "Taller Cerrado" - pacto que consiste en - la obligación para el empresario de concertar la prestación de servicios de un trabajador con la previa afiliación sindical de éste. La aplicación de este tipo de convenio puede acordarse con retroactividad hasta el momento de su celebración, en cuyo caso los trabajadores ingresados desde tal oportunidad tienen sujeta la permanencia en el empleo a condición de afiliarse.

- Unión Shop - "Taller sindicado" - este tipo de pacto opera durante la prestación de servicios, de manera que la afiliación sindical obligatoria queda sujeta a un plazo como condición de permanencia en el empleo.

- Maintenance of membership - "Mantenimiento de la afiliación" - Este pacto supone la obligatoria permanencia en la afiliación sindical, con la implícita renuncia al derecho de retiro de - la organización sindical. El incumplimiento de dicha premisa, sea por separación voluntaria o por la baja de trabajador por parte - del sindicato, genera la obligación para el empresario de despedir lo.



Las tres modalidades de pactos de seguridad sindical, condicionan toda la secuencia de la vida sindical del trabajador, en sus diferentes etapas, esto es, su ingreso en la organización sindical, su permanencia, y su posible retiro del sindicato.

En el ámbito internacional, la posición del Tribunal europeo de derechos humanos de Estrasburgo es categórica y radical en cuanto que en su sentencia de 13 de Agosto de 1981, en aplicación del artículo 11 del convenio de su competencia (sobre libertad de asociación y de afiliación sindical...), decidió que el derecho de no sindicación es parte de la libertad de asociación y que la cláusula closed shop por la que se despidió a los recurrentes al no afiliarse a uno de los tres sindicatos pactantes, es violatoria del artículo 11 de la Convención europea de derechos humanos. (11)

El Comité de Libertad Sindical de la OIT ha mantenido respecto a las cláusulas de seguridad sindical una postura dualista, cuyas ambigüedades resultan impropias de su autoridad y función. De un lado, señaló que el Convenio 98 no debe interpretarse en el sentido de que autoriza ni que prohíbe tales cláusulas, y que -- aquellas debían resolverse según la reglamentación y prácticas nacionales. Esta posición que traduce un paréntesis contrario en -- esencia a la interpretación que sobre otros alcances de la libertad sindical ha formulado, lo llevó a la salvedad, con incierta expresión, que el pluralismo sindical permite no tolerar las cláusulas de seguridad sindical aclarando que en caso que hubiera admisión de ellas, su práctica no se vería imposibilitada. (12)

No obstante lo señalado, el Comité ha admitido que las -- cláusulas en referencia pueden producir una discriminación injusta, si se establecen condiciones irrazonables para la afiliación. (15º Informe, caso nº 114, párr. 62).

De cualquier forma, la posición del Comité sobre el particular, es esencialmente incoherente a la doctrina por él desarrolla

da, respecto de otros puntos objeto de su pronunciamiento, en aplicación a los principios propugnados por los Convenios 87 y 98 de la OIT.

Conforme señala el profesor Alonso Olea (13) la tradición jurídico-sindical continental europea, desarrollada en Francia, - Alemania, Italia, Suiza y Bélgica, rechaza, por incompatible a la libertad sindical, las cláusulas de seguridad sindical. A ello, se suma la postura de España en donde tales cláusulas son prohibidas, en cuanto el artículo 28.1 de la Constitución consagra expresamente la libertad negativa de sindicación. Además, y conforme señala el citado autor, es criterio del Tribunal Constitucional, sentencia del 13 de Febrero de 1981 - Considerando 19, que, en aplicación - del derecho general de asociación, establecido por el artículo 22 de la Constitución, la opción de no asociarse es parte de tal derecho.

Llámesese la atención sobre el posible control de la coacción en la afiliación a través de las cláusulas de seguridad sindical - por el sólo hecho de encontrarse materializadas en un pacto; caso contrario, tales discriminaciones en el empleo resultan de más difícil protección en orden a las libertades empresariales de contratación, organización y dirección; potestades que son objeto del siguiente capítulo.

Otra práctica, de segundo orden, comprendida en las cláusulas de seguridad sindical es la denominada: Agency Shop -"Taller - gestor", por la cual el empresario se compromete a efectuar la deducción de cuotas o aportaciones sindicales de la remuneración de los trabajadores, sindicalizados o no. La ejecución del pacto, esto es, la deducción económica es denominada check-off.

El contenido de estos pactos, como bien se ha hecho notar, concierne a la relación entre el sindicato y los trabajadores, y no exactamente entre éstos y el empresario-s; a éste último, según

indica el nombre adjudicado a la cláusula, le correspondería una labor de gestión cuyo cumplimiento, a su vez, está condicionado, a una autorización previa del trabajador. A tal efecto, se conjugan dos aspectos: el principio de libertad sindical y el de intangibilidad de la remuneración.

Sobre el particular, conviene distinguir las situaciones siguientes:

1.- Deducción de cuotas ordinarias.- En este caso, los trabajadores sindicados cuentan con el antecedente de haber expresado su voluntad de cotización al ejercer su derecho de afiliación y de adhesión a las normas estatutarias que, ordinariamente, regulan el monto y forma de aportación. No obstante, la gestión de deducción por el empresario debe autorizarse con la respectiva comunicación.

Los trabajadores no sindicados, en tal razón de tal condición, no tienen obligación alguna de cotización.

2.- Deducción de cuotas extraordinarias.- Llamadas frecuentemente "cuotas de solidaridad por negociación". Estas han sido objeto de diversos pronunciamientos; su cuestionamiento se ha centrado sobre la validez de imponer deducciones económicas a trabajadores sindicados y no sindicados, para cubrir los gastos de negociación de un convenio colectivo, respecto del que son beneficiarios los trabajadores sindicados y no sindicados.

El Tribunal Central de Trabajo en su sentencia de fecha 6 de Mayo de 1982 determinó: "es indudablemente nulo el hecho de imponer tal obligación en las normas de un convenio colectivo sin contar con la voluntad individualizada de cada trabajador", concluyó en la plena validez de medidas análogas o parecidas si es que contaba con el consentimiento del trabajador.

Las cláusulas agency-shop son válidas, entonces, en tanto exijan la autorización previa individual de cada trabajador al em-

presario para que efectúe la gestión de deducir las cuotas respectivas de la remuneración a abonarse, de la forma que se indica en la autorización.

Aún cuando el tema es propio de las relaciones internas - sindicales, la gestión del empresario es admisible pero está condicionada a la premisa de la autorización correspondiente, según lo señalado.

Estas cláusulas, se ha dicho, han de aplicarse a trabajadores sindicados y no sindicados; no serían lícitas en otro caso conforme lo indica el profesor Alonso Olea, por ser pacto discriminatorio respecto de unos y otros; según el artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, señala: "se entenderán nulas y sin efectos las cláusulas de los convenios colectivos..., que contengan discriminationes por razón de adhesión o no a sindicatos y a sus acuer-dos".

Referencialmente se tiene que, el Acuerdo Marco Interconfederal AMI-, apartado XI.A.11, y el Acuerdo Nacional de Empleo-ANE-, apartado VI.I, recoge las pautas del pacto "taller gestor" dentro de las condiciones antes señaladas, esto es, acuerdan para los convenios a que se refieren, la gestión de deducción de las cuotas - sindicales bajo la respectiva orden de descuento por el trabajador, señalando el monto de la misma.

La autorización de descuento, en tanto constituye libre expresión de voluntad del trabajador, resulta compatible con las implicancias inherentes al ejercicio de sus derechos sindicales, y - objeto propio del convenio colectivo.

Aún cuando el Tribunal Central en la citada sentencia, formula una interpretación clara, categórica y adecuada, el tema en - comentario suscita discrepantes opiniones, con lo cual, y siendo - asunto vital dentro del ámbito de la vida sindical, se hace propio de la atención que debe dispensarle la ley orgánica reguladora del

derecho fundamental de libertad sindical.

#### 1.3.4. La mayor representatividad de los sindicatos

Los sindicatos más representativos son aquellos que, en orden al número de representados, esto es, de una mayor implantación, ostentan superioridad respecto de otros, y en virtud de la representación de los intereses mayoritarios, y poder consecuente, gozan de ciertas prerrogativas y concesiones.

El profesor Alonso Olea señala: "Atenta contra la autonomía sindical -y de alguna forma contra la libertad sindical en bloque, en cuanto puede afectar a la libre elección del sindicato y de rechazo incluso a la fundación de sindicatos- la concesión por el Estado de privilegios a un sindicato sobre otros, que rompa o pueda romper la igualdad entre ellos. (14)

El autor, por otro lado, agrega que cuando el privilegio consista en el reconocimiento de uno como "más representativo" para la contratación colectiva o consulta con el Gobierno, con lo cual se refiere a las facultades conferidas por el Estatuto de los Trabajadores, con los artículos 27, 34.5, 83.2 y 2da. disposición transitoria (15), debe entenderse, en interpretación del ET, (artículo 87 sobre legitimación para negociación colectiva) como "representatividad" y no pues en sentido de privilegios legalizados, definida por los votos obtenidos en las elecciones para las representaciones internas. (16)

El tema de la "más representatividad" indudablemente es delicado y traduce una serie de implicancias cuyo justo tratamiento exige afinar, en sus más sutiles matices, el principio de igualdad -artículo 14 de la Constitución-, para conjugarlo con los propios del principio de libertad sindical.

En primer lugar, las exigencias de una concepción democrática

tica ha de admitir conjuntamente a la libertad sindical, el pluralismo sindical cuya vida, con la autonomía que leses propia a las organizaciones sindicales, legitiman la existencia de la mayor representatividad como conjunto de libres decisiones de una mayoría. El reconocimiento de estos hechos o posibilidades lógicas no sólo es inevitable sino que es coherente y necesario a los principios - sindicales y democráticos. Las facultades de las entidades sindicales, en orden a su mayor representatividad, no correspondería, entonces, sean calificadas como privilegios, lo cual sugiere contenido discriminatorio para las organizaciones sindicales de menos representatividad, sino derechos consecuentes a la condición mayoritaria que ostentan.

El principio de igualdad ante la ley supone tratamiento - igual a presupuestos o situaciones iguales; caso contrario, en presupuestos distintos, el principio de igualdad se ha de hacer presente, conjugando con los valores de libertad y justicia, la aplicación de un tratamiento diferente y adecuado a la idoneidad del caso, y en orden a los principios con los que se rige todo el ordenamiento.

La pluralidad sindical, como expresión de la libertad de - sindicación, es un tema estrechamente vinculado al de la mayor representatividad de los sindicatos. Al respecto, señala, Montalvo - Correa J. : "El reconocimiento de la libertad sindical en los sistemas jurídicos europeos tiene como corolario la pluralidad sindical de hecho o en potencia, en cuanto se concreta (entre otras cosas) - en la afirmación de que los individuos son libres de constituir los Sindicatos que tengan por conveniente para la tutela de un mismo - colectivo profesional". (17)

En esencia, el problema consiste, en palabras del citado - autor: "... (en) hacer compatible la necesidad de individualizar asociaciones que tienen cierta (o mucha) representatividad real del - colectivo concreto con el respeto a una actuación libre y equitativa de todos los sindicatos que se cobijan bajo la proclamación de -

libertad sindical. (18)

El uso de la noción de "suficiente representatividad" --, si bien puede ser fórmula adecuada de regulación de la actuación sindical, de otro lado, no resulta sino un paliativo a los problemas suscitados por la "mayor representatividad", en cuanto si bien aquella posibilidad legítima en mejores términos la participación de determinadas organizaciones sindicales en las actividades públicas o semi-públicas, no soluciona el panorama de exigencias de la mayor afiliación.

En efecto y conforme sostiene Montalvo Correa J., el reconocimiento de "suficientemente representativo" (expresión que prefiere al de "mayor representatividad") no contradice un mecanismo necesario para impedir..., que la libertad sindical formal vaya - contra la libertad sindical real". (19); como ejemplo, refiere el autor que ello constituye opción reconocida por la doctrina y jurisprudencia francesa.

La mayor representatividad de algunas organizaciones es de hecho una consecuencia del ejercicio de la libertad sindical, el reconocimiento y concesiones consecuentes a su favor, es asunto a regularse y no a eludirse (desconociéndose o negándose dicha realidad), cuya actuación ha de atenderse sin menoscabar la posible y debida participación de las organizaciones menos representativas.

La OIT en el texto de su constitución, artículo 3º, punto 5, a efecto de las designaciones para la Conferencia General, dispone: "Los miembros se obligan a designar delegados y consejeros - técnicos no gubernamentales de acuerdo con las organizaciones profesionales más representativas de empleadores o de trabajadores, - según sea el caso...". Aunque en aquel momento, probablemente, no se vislumbraron las múltiples implicancias de la noción de "más representatividad", es un antecedente a tener en cuenta.

La pluralidad sindical aún cuando se traduce como resulta-

do del libre ejercicio de la libertad sindical, no ha sido objeto de pronunciamiento expreso ni directo de los textos internacionales.

El Comité de Libertad Sindical en uso de su habitual prudencia ha dado lugar a informes oscilantes, tanto cuando señala - que las concesiones otorgadas a los sindicatos más representativos no deben estar subordinados a condiciones que afecten las garantías de la libertad sindical (6º Informe, caso nº 11, párr. 95) como - cuando, en otro caso, considera que la distinción establecida por la legislación nacional entre los sindicatos puede tener por efecto indirecto restringir la libertad de los trabajadores para adherirse a las organizaciones de su elección (58º Informe, caso nº - 231, párr. 551-2).

Finalmente, el Comité advierte, con suma prudencia, los - riesgos del reconocimiento de la mayor representatividad, sin desconocer la necesidad de atender esta realidad concreta; de ahí que, en expresión de lo que puede estimarse el justo medio, determinó - que el reconocimiento de las concesiones para las organizaciones - que ostenten aquella condición no ha de tener por consecuencia -- privar a las de menor representatividad los medios esenciales para defender sus intereses profesionales, organizar su gestión, actividades y programa de acción -(36º Informe, caso nº 190, párr. 193).

La Constitución española, por su artículo 28.1 como por la concepción democrática que la sustenta, acoge el pluralismo sindical indirectamente y, de otro lado, contempla la libre actuación - sindical, así como la participación y colaboración de los sindicatos en asuntos y funciones públicas -artículo 131.2 de la Constitución. Con ello, las premisas para enfrentar la cuestión de la mayor representatividad están dadas, de manera que es preciso que la ley destinada al desarrollo del derecho fundamental de libertad - sindical, regule la forma de actuación de las organizaciones sindicales de tal condición, considerando el equilibrio sugerido finalmente por el Comité de Libertad Sindical, según el último informe



citado.

Además, cabe traer a colación algunos de los precedentes - creados por el Tribunal Constitucional, al pronunciarse sobre casos relativos a la "mayor representatividad", asumiendo implícitamente la constitucionalidad de tal premisa. Ejemplos evidentes del amparo constitucional de la "más representatividad" se coligen, - entre otras, de las sentencias nº 53/1982 del 22 de Julio y nº 65/1982 del 10 de Noviembre.

### 1.3.5.- Limitaciones y excepciones

El artículo 28.1, si bien reconoce a todos el derecho a - sindicarse libremente, establece paralelamente la posibilidad de - que la ley limite o exceptue el ejercicio de tal derecho en determinados casos. Tal previsión constitucional, como la reserva de - España en su firma del Convenio europeo de derechos humanos y la - Carta social europea, está dirigida al caso de las Fuerzas Armadas o Institutos armados o demás cuerpos sometidos a disciplina mili- / tar; agrega, que la ley "regulará las peculiaridades de su ejer- / cicio", para los funcionarios públicos; respecto del primer grupo, además, los Convenios OIT nº 87 -artículo 9.1- y 98 -artículo 5.1-

Todo el personal mencionado, según Garrido Falla, están - sujetos a dos niveles de restricción: "...un nivel mínimo obliga- / torio, que afecta a los funcionarios públicos (también por tanto, y en todo caso, a militares y cuerpos de disciplina militar)...y... un nivel máximo potestativo para los militares y personal sometido a disciplina militar, respecto de los cuales el legislador podrá - limitar o exceptuar el ejercicio del derecho de sindicación". (20)

La Constitución delega en la ley la decisión de limitar o exceptuar a las categorías especificadas como Fuerza o Institutos armados o demás Cuerpos con disciplina militar, del derecho de sin- dicación. En la primera posibilidad, esto es, de limitar tal dere-

cho, la ley, por mandato constitucional del artículo 53.1, deberá respetar el contenido esencial de aquel. En el supuesto que la ley exceptue a las categorías mencionadas del derecho de sindicación, la exclusión será a todos sus efectos, sin que quepa consideración adicional a favor de alguna forma de reconocimiento de tal derecho.

En ese caso, la futura decisión legal, autorizada por la - dubitativa posición constitucional, en cuanto oscila entre la posibilidad de un reconocimiento restrictivo del derecho de sindicación y la de una exclusión total, además de asumir una excesiva responsabilidad en tal sentido, pareciera estar sujeta a inciertas contingencias que influirán decididamente en ella.

La ley tendrá necesariamente que pronunciarse al respecto; la opción que asuma trascenderá, de alguna forma, su rol ordinario de desarrollar un derecho constitucional, en este caso de carácter fundamental para la persona, en tanto deberá reconocer parcialmente o negar radicalmente el derecho sindical en tales casos.

El caso de los funcionarios públicos cuenta con antecedentes internacionales de reconocimiento del derecho de sindicación. Entre ellos, los informes del Comité de Libertad Sindical - OIT - guardan uniformidad en el sentido que al disponer el Convenio 87-OIT - artículo 2- el derecho de sindicación, "sin ninguna distinción" aquel personal goza del derecho de ejercitar tal derecho. (21)

Las reservas formuladas por España en su firma y ratificación de los textos internacionales sobre libertad de sindicación, conjuntamente con los criterios desarrollados en torno a la sindicación de los funcionarios públicos, posibilita especificaciones - idóneas. en la regulación respectiva.

Coherentemente, el precepto constitucional del artículo - 28.1 contiene el reconocimiento del derecho básico de sindicación para los funcionarios públicos y, bajo la tácita premisa de que su condición es singular, delega en la ley de regulación de las pecu-

liaridades respectivas para el ejercicio de ese derecho. Tal autorización, y su implícita restricción, además, se ratifica por el artículo 103.3 de la Constitución.

Con relación a la previsión constitucional en comentario, actualmente es posible vislumbrar algunas de las futuras regulaciones legislativas, atendiendo a los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional; así, en su sentencia de 8 de Abril de 1981, recaída sobre el recurso de inconstitucionalidad contra las disposiciones primera y cuarta del Real Decreto 17/1977 de 4 de Marzo -regulador del derecho de huelga y de los conflictos colectivos de trabajo, señala que dicho dispositivo legal no incluye en su regulación de la huelga a los funcionarios públicos, ni al personal civil dependiente de establecimientos militares, pero tampoco los excluye ni establece prohibición al respecto; indica, sobre los segundos, que el ejercicio de tal derecho "debe ponerse en conexión con las diferentes categorías de trabajadores de este ramo...en orden a su sindicación; ...sin perjuicio (que), pueda entenderse que los servicios que presta..., son servicios esenciales, de manera - que, en tales casos, el derecho de huelga puede quedar limitado - ..." - Fundamentos nºs 13 y 25.

Un tercer caso, respecto del cual el artículo 28.1 de la Constitución no hace mención, es el de los Jueces y Magistrados - quienes por mandato constitucional -artículo 127.1- no pueden sindicarse. Este precepto, además, dispone en su última parte: "La ley establecerá el sistema y modalidades de asociación profesional de los Jueces, Magistrados y Fiscales".

No deja de sorprender, de un lado, la ubicación sistemática de tal disposición, aunque resulte explicable en cuanto al tratarse de una negación del derecho de sindicación no haya sido incluida como excepción del artículo 28.1 C.

La norma constitucional es rotunda, aún cuando los antecedentes internacionales no hayan establecido tal excepción en materia

de derecho de sindicación. Debe entenderse, nuevamente, que las - reservas de España, en su firma y ratificación de los textos inter<sup>u</sup> nacionales consagratorios del derecho de sindicación, le permiten establecer la negación en comentario.

De cualquier forma, las justificaciones sustantivas de esta medida no se encuentran suficientemente esclarecidas, a no ser -- porque por lo menos se extimen explicadas por el debate parlamen-- tario que, conforme señala Ojeda Avilés, "...aludió a la judicatu- ra como incompatible con el sindicalismo, arrojando indirectamente un peyorativo juicio de valor por demás trasnochado, sobre los sin<sup>u</sup> dicatos. (22)

La regulación de las asociaciones profesionales a las que pueden pertenecer a los Jueces, Magistrados y Fiscales es por ley ordinaria. No obstante por la ley orgánica 1/1980 del 10 de Enero del Consejo General del Poder Judicial -se constituye una asocia-/ ción para la defensa de los intereses profesionales de sus miembros: Asociación Profesional de Magistratura.

Con ello, puede considerarse cumplido el mandato constitu- cional, aunque sea permanentemente discutible su determinación en este tema.

#### 1.4. Autonomía Sindical

El principio libertad sindical implica autonomía sindical, - así se encuentra determinado por los pactos y convenios internacio- nales sobre la materia y en tal sentido han de interpretarse las - disposiciones constitucionales sobre derechos sindicales.

Aún cuando el artículo 28.1 C no tiene expresa mención al - respecto, el artículo 7 C, segundo párrafo, en cuanto ejercicio de la actividad de los sindicatos de trabajadores y asociaciones empre- sariales establece lo siguiente: "...son libres dentro del respeto

a la Constitución y a la ley". Agrega: "Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos".

La autonomía sindical, como facultad para autodirigirse, supone la opción de poder determinar la propia organización; la libertad, en tal sentido, ha de ser expresada por sus miembros a través de diversas decisiones, cuya adopción ha de ser democrática. - La Constitución ha explicitado este punto de singular importancia, acogiendo a las uniformes interpretaciones que a nivel internacional existen.

Al respecto, Rodríguez Piñero M. manifiesta: "Para el de-recho hablar de estructuración y funcionamiento democrático de los sindicatos significa la existencia de unos mecanismos que no sólo estructuran formalmente de un modo democrático al sindicato sino - que permiten efectivamente un funcionamiento real de carácter democrático, pero este funcionamiento interno democrático no le es indiferente al ordenamiento". (23)

Dentro de las primeras actividades de la organización sindical está la de establecer su ordenamiento interno: las reglas - destinadas a ello, recogidas en lo comunmente denominado estatu-tos, en su aprobación, modificación o sustitución han de estar sujetas a la voluntad mayoritaria de la asamblea o congreso de sus afiliados.

La actividad sindical propiamente dicha se inicia con sus estatutos que, conforme está señalado constitucionalmente, han de ajustarse al ordenamiento jurídico interno; de otro lado, las leyes vigentes, no deben menoscabar los derechos sindicales, sino asegurar su ejercicio en libertad y democracia, la regulación de aquellas se concreta a un plano formal, sin intervención con incidencia sustantiva.

Otra faceta de la autonomía sindical es la libertad de funcionamiento; ya desde el Convenio 87 OIT -artículo 3- se había --

concretado que aquella debía suponer conjuntamente el derecho de - redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, determinar su administración, actividades y programa de acción. Los presupuestos de libertad e independencia referidos, fueron ratificados y en aras de una adecuada protección contra los actos de injerencia por el Convenio 98 OIT - artículo 2- cuya interpretación, por el Comité de Libertad Sindical, ha determinado, puntualizando en materia de administración financiera, la incompatibilidad de las racionalizaciones sustantivas - estatales o empresariales- con los principios de autonomía sindi-cal.

Con relación a la independencia financiera si bien el Comité admite compatibles las subvenciones, precisa que dicha independencia "implica que las organizaciones no estén financiadas de manera tal que estén sujetas a la discreción de los poderes jurídi-cos". (24º Informe, caso nº 121, párr. 74; 75º Informe, caso nº - 341, párr. 106; 127º Informe, caso nº 644, párr. 252).

El carácter democrático que se demanda de las decisiones - de la asamblea de afiliados, como órgano superior de la organiza-ción exige el pleno goce individual de las libertades civiles; la representación sindical y las pautas de su actividad y facultades, como expresión colectiva de la libertad sindical, requiere de un - régimen que garantice los derechos y libertades fundamentales.

Sobre el particular, Rodríguez Piñero señala: "Un presu--puesto previo a la democracia sindical es que las libertades públicas de opinión, expresión, etc., sean reconocidas también dentro - del propio sindicato de forma que se puedan expresar libremente todas las opiniones y tendencias..." (24)

El funcionamiento democrático del sindicato lleva al profesor Alonso Olea a deslindar competencias en razón de las trascen-dencia de los actos sindicales, los que al ostentar mayor impor--

tancia, señala, deben residir directamente en los afiliados o en una asamblea de representantes libremente elegidos por ellos; las competencias para actos menos trascendentales, añade, pueden ser confiadas a órganos uni o pluripersonales, que deben ser libremente elegidos por los afiliados o su asamblea; finalmente, indica, que los dos aspectos anteriores exigen un funcionamiento interno donde exista libertad de expresión, de elección y de presentación de candidaturas. (25)

La autonomía sindical en las diversas facetas que comprende, es preciso cuente, complementariamente al sustento internacional y constitucional, con regulaciones legales cuya especificación aseguren eficacia en el ejercicio de la libertad sindical tanto en las proyecciones externas al sindicato, como a nivel interno.

Sobre el último punto, el Comité de Libertad Sindical ha expresado:

"Los principios establecidos en el artículo 3 del Convenio nº 87 - no impide al control de los actos internos de un sindicato si los mismos violan disposiciones legales o estatutarias. Pero es de suma importancia que, a fin de garantizar un procedimiento imparcial y objetivo, dicho control sea ejercido por la autoridad judicial competente". (26)

Es más, el Comité ha indicado, complementariamente, que no debe procederse a un control externo sino en casos excepcionales - y, lo que: "debe ser apoyado por una proporción importante de la categoría profesional". (118º Informe, caso nº 559, párr. 178-179). En lo que se refiere a ciertas medidas de control administrativo - (de los fondos sindicales, tales como pericias contables e investigaciones) se han estimado procedentes en casos excepcionales de circunstancias graves que lo justifiquen (83º Informe, caso nº 399, párr. 287).

## 2. Ley de Asociación Sindical Nº 19/1977 de 1º de Abril

La reforma política iniciada en España a fines de 1975 ha traducido en el ámbito de las relaciones laborales y, concretamente, de la situación sindical cambios estructurales radicales con enorme trascendencia político-jurídica, tanto a nivel internacional como nacional.

La "producción" legislativa destinada a adecuar el cambio político y la realidad jurídica ha sido abundante; lo más significativo, obviamente, ha sido la promulgación de la Constitución vigente, pero con anterioridad a ésta fueron expedidas, en materia laboral, y más concretamente sindical, disposiciones legales reguladoras de los cambios inmediatos.

En este período de transición, con fecha 1º de Abril de 1977 se promulga la vigente ley de Asociación Sindical -en adelante LAS-, cuya responsabilidad fundamental era la de traducir a nivel interno la concepción democrática asumida, con el reconocimiento del principio de libertad sindical implícito en las ratificaciones del gobierno español de los pactos y convenios internacionales relativos a la libertad sindical y derecho de sindicación. Su misión, entonces, fue la de legalizar la liberalización y el pluralismo sindical, y normar sus diferentes aspectos.

A nivel interno, una base para LAS fue propiamente la ley de Reforma Política de 4 de Enero de 1977, que reconocía, entre los derechos fundamentales de la persona, la libre sindicación y el derecho a constituir sindicatos. Con ello, se dio una radical transformación en la concepción vertical de las relaciones de trabajo y del fenómeno sindical.

La LAS, aún cuando no utiliza los términos más rotundos de derogación de la normativa anterior (Ley Sindical del 17 de Febrero de 1971) su objetivo es tal. Aquello, porque en la parte considera



tiva inicial señala que dicha normativa: "...no parece la única interpretación válida" de la Declaración XIII del Fuero del Trabajo (que estaba también destinado a derogación como en efecto fue derogado por la Constitución).

Seguidamente, la LAS, asume que le corresponde proceder - a la reforma de la ley sindical, orientada a la protección legal - de la libertad de asociación sindical de los trabajadores para la defensa de sus intereses peculiares.

La LAS, en su parte considerativa final, alude a la cues-/  
tión medular de su sustento, esto es, "el ejercicio de las libertades propias de una sociedad democrática,...teniendo en cuenta los acuerdos internacionales, especialmente los convenios 87 y 98 de - la Organización Internacional del Trabajo, así como el Pacto Inter-  
nacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recientemente firmado por el Gobierno español".

La LAS prescinde del uso del término "sindicato" para refe-  
rirse, a lo largo de su texto, a las asociaciones profesionales. - En esencia, comprende: el derecho de trabajadores y empresarios de constituir tales asociaciones (sindicatos, federaciones y confede-  
raciones), el derecho de libre afiliación, y el de libre organiza-  
ción y funcionamiento de aquellas, a través de sus propios estatutos, los que deben regirse por principios democráticos.

De forma derivada, el artículo 29.2 LAS, establece que los trabajadores y empresarios gozarán de protección legal contra los actos discriminatorios que menoscaban la libertad sindical en re-/  
lación con su empleo o función; con lo cual se cumple, en términos muy generales, con las previsiones del Convenio 98 OIT.

En sus aspectos formales, el artículo 3 LAS, prescribe el requisito de depósito de estatutos ante la respectiva autoridad - pública, y plazo para la adquisición de personalidad jurídica y ca  
pacidad de obrar.

Prevé, artículo 5, que la suspensión o disolución de estas organizaciones sólo podrá ser por órgano judicial por causas de - ilicitud, u otras previstas en las leyes o estatutos sindicales; - punto que, por su trascendencia demanda mayor exactitud.

Finalmente, se contempla -artículo 6- la posible participación de las organizaciones en los Organismos de consulta y colaboración en los ámbitos sectorial y territorial.

Los preceptos contenidos en las LAS guardan correspondencia con las exigencias propias del período de transición antes referido y cumplen con responder, con cierto carácter de urgencia, a los postulados y principios sindicales asumidos en tales momentos.

La posterior promulgación de la Constitución reconociendo a nivel de derecho fundamental la libertad sindical, y debiendo - ser desarrollado éste por ley orgánica, hace cuestionable la LAS - tanto en su aspecto formal como sustantivo. Las exigencias sindicales, en tal sentido, son mayores; el fenómeno sindical, dado su reconocimiento en los términos antes comentados, presenta una serie de facetas y aspectos que demandan ser atendidos por via legislativa: la via jurisprudencial, frente al planteamiento constitucional, deviene en complementaria.

Es decir, se requiere de una normativa actualizada y adecuada a la situación sindical vigente, según el reconocimiento constitucional de los principios sindicales, cuyo carácter pluralista y relevancia conferida a la autonomía colectiva, son las expresiones más idóneas de la concepción democrática existente, la que debe - traducirse con la mayor fidelidad en el campo legislativo.

Es preciso, al respecto, una adecuada correspondencia entre los enunciados constitucionales y los legales; la via legal debe - cumplir con desarrollar, sin mayor dilación, los alcances del derecho fundamental de libertad sindical, dentro de lo que urge puntualizar el rol de la representación colectiva en el actual contexto

socio-económico, entre otros aspectos. Alonso García M. señala: - "La figura de la representación cobra (así) un papel destacado en el mundo de la autonomía colectiva, en cuanto actúa como causa a través del cual discurren las voluntades de quienes confían a la decisión de las organizaciones sindicales la defensa de sus intereses profesionales..."; agrega: "La representatividad se convierte, por ello, en la garantía de un sistema democrático efectivo". (27)

### 3. Proyecto de Ley Orgánica de Libertad Sindical

Recientemente, el 30 de Diciembre de 1983, ha sido publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, el proyecto en referencia, con plazo para enmiendas, abierto hasta el 17 de Febrero de 1984. El proyecto en su exposición de motivos, se inicia aludiendo a la libertad sindical, como principio jurídico fundamental en el que se basa el actual sistema de relaciones laborales, y al artículo 28.1 de la Constitución sobre el derecho fundamental de libertad sindical.

Seguidamente, se refiere al artículo 7 de la Constitución en cuanto al objeto de los sindicatos de trabajadores como organizaciones que contribuyen a la defensa y promoción de los intereses que le son propios; y, asimismo, a los artículos constitucionales 9.2, 53 y 81.

El proyecto señala que "pretende unificar sistemáticamente los precedentes y posibilitar un desarrollo progresivo y progresista del contenido esencial del derecho de libre sindicación..."; y procede a indicar las justificaciones de los cinco títulos que contiene, así como de sus disposiciones adicionales (dos) y transitorias.

En el intento de resaltar lo que se estima más significativo del proyecto, en razón también del tema del presente trabajo, - cabe observar lo siguiente:

El Título I - de la Libertad Sindical - artículo 1º - de-/ termina como sujetos de tal derecho a "todos los trabajadores...", se trate de una relación de carácter laboral, administrativo o estatutario. No se menciona a los empresarios, tampoco de la interpretación del texto puede deducirse su inclusión en el proyecto. - Este es un aspecto fundamental, cuya omisión recorta los alcances del principio de libertad sindical, según lo tienen reconocido los textos internacionales consagradorios de dicho principio, ratificados por España. Si bien las organizaciones empresariales tienen connotaciones particulares, aquellas están sustentadas y gozar del derecho de libertad sindical, lo cual ha sido totalmente omitido - por este proyecto. Ello, plantea un cuestionamiento de base de carácter fundamental, aún cuando la disposición derogatoria del proyecto, deje vigente las normas de la LAS referidas a las "asociaciones profesionales no incluidas en el ámbito de aplicación de esta ley orgánica"; lo que implicaría, a futuro, otra ley orgánica - para regular las asociaciones empresariales.

Los puntos 3 y 4 del mismo artículo contienen la excepción del ejercicio de la libertad sindical para los miembros de las -- Fuerzas Armadas y de los Institutos Armados de carácter militar, y para los Jueces, Magistrados y Fiscales (activos), respectivamente: disposición que se ajustaría a la opción constitucional prevista - en el artículo 28.1 C. En el punto 5, se da la limitación, para - los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad que no tengan - carácter militar, lo que -señala- se rigen por su normativa específica.

El artículo 2 contiene, en su punto 1, los derechos básicos individuales de la libertad sindical: esto es, derecho de fundar, suspender y extinguir organizaciones sindicales, por procedimientos democráticos; derecho de afiliación, desafiliación y de no afiliación. Añade, en el inciso c), el derecho de libre elección - de representantes: y, seguidamente, inciso d), el derecho a la actividad sindical, sin mayor especificación de lo que ello implica y que en su amplitud podría haber contenido el derecho de elección

antes referido, según lo establece la doctrina sobre libertad sindical; por otro lado, se añade que este derecho no podrá ser ejercido en el interior de los establecimientos militares- disp. adic. 3a.

El punto 2 contiene los derechos de las organizaciones -- sindicales en reproducción de los textos internacionales sobre la materia , a la libre organización y funcionamiento, habiéndose omitido señalar el presupuesto de los principios democráticos por los que tales aspectos se rigen. También comprende, este punto: el derecho de fundar federaciones y confederaciones y organizaciones - sindicales internacionales, así como el precepto de que la suspensión o disolución de las organizaciones puede darse por via judicial en incumplimiento grave de la ley, lo cual tampoco se explicita, - omitiéndose el caso de la intervención judicial por violación o incumplimiento de los estatutos sindicales a pedido de los miembros afectados. El inciso d) no esclarece el ámbito de la actividad sindical, si es que tal es su intención al señalar que aquella se ejerce en la empresa o fuera de ella.

El punto 3 resulta de confuso y apretado contenido; refiere como derechos de las organizaciones sindicales, la negociación colectiva, la huelga, planteamiento de conflictos individuales y - colectivos, y la presentación de candidaturas para la elección de comités de empresa y delegados de personal, para remitirse a las - respectivas normas reguladoras; se omite, de otro lado, dentro de la relación formulada, referencia sobre el derecho de participación en otras actividades previstas en el artículo 131.2 de la Constitución, aunque ello sea necesariamente deducible de otros preceptos. Además, se estima preciso esclarecer, por via reglamentaria, la legitimación del sindicato aludida en el precepto, para el plantea-/ miento de conflictos individuales.

El artículo 3, punto 1, contiene la novedad relativa al reconocimiento del derecho de afiliación a los trabajadores por cuen

ta propia (autónomos), así como a los trabajadores en paro y a los cesados, -por la incapacidad o jubilación-. Disposición que cambia la orientación dada, respecto de los últimos grupos, por el Tribunal Supremo (anteriormente referida). Explicita que todos los mencionados no pueden fundar sindicatos "que tengan precisamente por objeto la tutela de sus intereses singulares"; con lo cual, habría que deducirse una libertad sindical sui-generis en la que el derecho de afiliación reconocido, en tales casos, responde a motivos de solidaridad. El punto 2 establece la incompatibilidad de los cargos directivos o de representación sindical con el de director general o asimilados y de rango superior de la Administración Pública.

El Título II - del Régimen Jurídico Sindical regula, en su artículo 4 la adquisición de personalidad jurídica de los sindicatos y el control jurisdiccional sobre los requisitos formales -- sobre depósito y publicidad de los estatutos, así como el contenido mínimo de éstos, dentro de lo que se puntualiza, punto e), la obligación de señalar la procedencia y destino de los recursos económicos, y la vía de conocimiento para los afiliados, esto es, el libre acceso al estado de cuentas como la claridad de éste.

Este precepto en su punto 3 establece un control de legalidad; en principio no se rechaza ningún depósito de estatuto, "... salvo que, carezca de alguno de los requisitos mínimos...", (lo - cual "debe" referirse a un control formal); la denegatoria de depósito, se indica, será por resolución fundada previo requerimiento a sus promotores o directivos, lo cual es norma que permite evaluar la trascendencia del cumplimiento de los aludidos requisitos.

El artículo 5 determina, de un lado, las responsabilidades de los sindicatos por los actos o acuerdos en el ámbito de su competencia y, de otro, deslinda aquellas por actos individuales de - sus afiliados; el punto 3, puntualiza que las cuotas sindicales no podrán ser objeto de embargo; norma que, habría que entenderla, no concerniente al resto del patrimonio del sindicato (por cuanto, - por principio, éste sí puede ser embargable), pero como se advier-

te una gran dificultad de deslindar las cuotas sindicales del patrimonio sindical, es posible interpretar el precepto con relación al momento en que el empresario efectúa las deducciones respectivas - (montos que, por otras reglas, ya se sabe no serán embargables, - por no ser su parte del patrimonio empresarial). Cabe que la regla mentación respectiva esclarezca este punto.

El Título III - de la Representación Sindical - conduce a la inmediata y equivocada identificación de dicho concepto con el de mayor representatividad. Desde la exposición de motivos se hace uso indistinto de tales conceptos; este título bajo la denominación indicada, en todo su contenido, arts. 6 y 7, sin embargo, se refie re sólo a la mayor representatividad, como "singular posición jurí dica a efectos tanto de participación institucional como de acción sindical"; ello sin hacer mayores precisiones que son necesarias.

Puntualiza, el artículo 6.2 los porcentajes a efecto de la determinación de la mayor representatividad a nivel estatal (10%), así como, punto 3, el ejercicio de aquella a todos los niveles - territoriales y funcionales, conceptos que demandan ser puntualiza dos; se enumeran en ocho incisos, las diferentes actividades en - las que se goza de tal capacidad representativa, dentro de las que la relativa a negociación cobertura, punto b), precisa ser defini da y esclarecida con relación a la participación en interlocución para la determinación de las condiciones de trabajo, prevista en - el punto c).

El artículo 7, de forma similar al anterior, señala los -- porcentajes para determinar la mayor representatividad de los sindicatos a nivel de comunidad autónoma, así como sus respectivas fa cultades; y, prevé la legitimación, funciones y facultades de orga nizaciones sindicales que no tienen la consideración de más repre sentativas, que hayan obtenido, en un ámbito territorial y funcional específico, los porcentajes de representación allí señalados, - punto 2 -

Si bien la exposición de motivos señala que la intención - de los bajos porcentajes establecidos para la determinación de la "mayor representatividad" responde a la necesidad de su coexistencia con el pluralismo sindical, se advierte que -precisamente- en razón de los reducidos porcentajes la noción de mayoría se podrá diluir dentro del pluralismo; éste predominaría sobre la noción de mayor representatividad, con lo cual la fuerza sindical unificada queda a la decisión de los propios sindicatos. No obstante la posible solución planteada entre la cuestión de la mayor representatividad y el pluralismo sindical, aquélla es relativa, ya que lo previsto en el proyecto no resuelve en forma definitiva el asunto relativo a - las formas y grados de participación de los diferentes grupos más representativos, según sus propios términos y condiciones.

El Título IV - De la Acción Sindical - artículos 8 al 11,- contiene los derechos de los trabajadores sindicados a la actividad sindical dentro del centro de trabajo: se refiere a la constitución de Secciones Sindicales según lo establecido por el Estatuto de los Trabajadores, sin innovación sustancial de lo que este - prevé sobre representación colectiva.

El artículo 10.3 contiene ciertas previsiones para los delegados sindicales (en el supuesto de que no formen parte del comité de empresa) señalando que "tendrán las mismas garantías que las establecidas para los miembros de los comités de empresa..., así - como los siguientes derechos, sin perjuicio de lo que se pudiera - establecer por convenio colectivo:

- 1º Asistir a las reuniones de los comités de empresa y de los órganos internos de la empresa en materia de seguridad e higiene..., con voz pero sin voto.
- 2º Ser oídos por la empresa previamente a la adopción de - medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general, y a los afiliados a su sindicato, en particular, y especialmente en los despidos y sanciones de estos últimos.



Esto traduce una equiparidad de garantías para los representantes sindicales, quienes actualmente están al margen de las establecidas en el ET, fundamentalmente, por su artículo 68 (cuestión - que corresponde tratar más adelante).

El artículo 11 se refiere a la posibilidad de establecer - en los convenios colectivos, las cláusulas de cuotas sindicales, - para sufragar los gastos de las gestiones negociadoras, esto es, - las extraordinarias, aplicables a los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del convenio, bajo la regla que, "en ningún - caso se percibirá contra la voluntad individual del trabajador en la forma y plazos que se determinen en la negociación colectiva". Si con esto, se pretende exigir que sea la "negativa" del trabajador lo que ha de manifestarse expresamente, se estaría invirtiendo significativamente la regla por la cual es la "aceptación" lo que debe ser objeto de expresión escrita e individualizada. Sólo en este último sentido la fórmula propuesta resolvería, en forma adecuada a los criterios doctrinales y jurisprudenciales aplicables a la materia, las condiciones a las que deben ajustarse dichas cláusulas.

El Título V - De la Tutela de la libertad sindical y represión de las conductas antisindicales - en su artículo 12, reproduce casi textualmente el artículo 17 del ET, el mismo que corresponde a la sección de derechos de deberes derivados del contrato de trabajo, aunque su sustento se encuentra en el artículo 14 de la Constitución. La prohibición de la discriminación, prevista en el proyecto, carece de aporte en tal vasta materia, a pesar de que su exposición de motivos suscita cierta expectativa al respecto.

La denominación de este título en su totalidad no corresponde a los aspectos sustanciales que contiene; el artículo 13 prevé la tutela y protección jurisdiccionales, lo cual se entiende - formulado en virtud de las disposiciones constitucionales sobre la materia (artículo 53.2). Seguidamente formula una tipificación de

los actos de injerencia lesivos a la libertad sindical, consistentes en "fomentar la constitución de sindicatos dominados o controlados por un empresario o una asociación empresarial, o en sostenimiento económico o, en otra forma, sindicato con el mismo propósito de control"; se aborda así un aspecto sustancial de la libre actividad sindical, sin preverse otras formas de injerencias a ésta, que la realidad práctica presente en gran variedad y que se hace de urgencia atender.

### III - EN EL REGIMEN JURIDICO DE PERU

#### 1. Disposiciones constitucionales

La Constitución de 1979, en su Título I - de los Derechos y Deberes fundamentales de la persona - capítulo I - artículo -- 29.11 - establece el derecho de asociación, sin autorización -/ previa. Ello constituye sustento del reconocimiento que en materia de libertad sindical formula en sus artículos posteriores.

Asimismo, las ratificaciones, por parte del gobierno peruano de los convenios internacionales sobre libertad sindical, incorporaron en el ordenamiento jurídico los principios y reconocimientos en aquellos contenidos, conforme lo determina la Constitución en su artículo 101 - Título II, capítulo V. Además, el artículo - 105, establece que: "Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional..." - de manera que, aún cuando los principios sobre libertad sindical no están previstos expresamente en las primeras disposiciones constitucionales, aquéllos igualmente son parte sustancial de los derechos inherentes de la persona, y de posteriores preceptos que, en base al derecho libre de asociación, consagran la libre asociación sindical.

En tal sentido, además el artículo 4 de la Constitución -

con el que concluye su capítulo I, establece: "La enumeración de - los derechos reconocidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que de rivan de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del - pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de forma repu blicana del gobierno".

Asimismo, los enunciados del preámbulo constitucional, de- claran la decisión de: "fundar un Estado democrático basado en la voluntad popular y en su libre y periódica consulta, a través de - instituciones estables y legítimas, la plena vigencia de los dere- chos humanos...". Proclama también la primacía de la persona huma- na y que todos los hombres, iguales en dignidad, tienen derecho de validez universal, anteriores y superiores al Estado dentro de lo que considera al trabajo como deber y derecho de todos los hombres y base del bienestar nacional.

Los valores sustentatorios de la Constitución son, pues, - el de la dignidad humana por excelencia, el de libertad, igual- dad y justicia, los que además se constituyen en fuente de inter-/ pretación de los preceptos que aquélla contiene a cuyo nivel se in cluyen, según lo dicho, los derechos humanos contenidos en la De-/ claración Universal de 1948 que, para recordar, fue ratificada por Resolución Legislativa nº 13282 de 9 de Diciembre de 1959, así co- mo a los derechos desarrollados, particularmente, por los Convenios 87 y 98 OIT.

Resaltada la novedad introducida por la Constitución, en su Tí tulo I, con el Capítulo V, del Trabajo, en cuanto dedica sus 16 ar- tículos a la definición y tratamiento de diversos aspectos que -/ aquel comprende; tenemos que, su artículo 51 dispone lo siguiente:

"El Estado reconoce a los trabajadores el derecho a la sindicalización sin autorización previa. Nadie es tá obligado a formar parte de un sindicato ni impedi do de hacerlo. Los sindicatos tienen derecho a crear

organismos de grado superior, sin que pueda impedirse u obstaculizarse la constitución, el funcionamiento y la administración de los organismos sindicales.

Las organizaciones sindicales se disuelven por acuerdo de sus miembros o por resolución en última instancia de la Corte Suprema.

Los dirigentes sindicales de todo nivel gozan de garantías para el desarrollo de las funciones que les corresponden".

### 1. Ambito de aplicación

Dados los términos iniciales del artículo 51 en referencia, es de advertir, en primer lugar, que su reconocimiento está referido a los trabajadores, se omite mención alguna sobre los empresarios, los que en virtud de los convenios internacionales mencionados, - también son sujetos de los principios de libertad sindical. Aún - cuando sus organizaciones se constituyen bajo denominación diferente a la de sindicatos, en el caso peruano, aquellas están comprendidas dentro de los alcances generales del artículo 2.11 C sobre - libertad de asociación, y gozan de los derechos derivados de la libertad sindical, conforme corresponde de la ratificación de los - Convenios 87 y 98 OIT.

En tal sentido, la deficiencia en la técnica legislativa - no cabe tenga mayor trascendencia sustantiva, cuando dentro del -- mismo capítulo, artículo 42, se establece que: "El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de protección por el Estado, sin - discriminación alguna y dentro de un régimen de igualdad de trato", dentro de lo que resulta inherente los derechos sindicales de las partes de una relación de trabajo.

Aún cuando no sea posible deducirlo de los propios preceptos constitucionales, cabe hacer presente que la legislación laboral peruana mantiene diferenciados los regímenes legales correspondientes a empleados y obreros. La Constitución ha venido en "forma

lizar" las iniciativas de unificar ambos términos bajo la denominación de "trabajadores", a la que ya se habían acogido algunos - dispositivos legales pre-constitucionales y prácticamente todos - los post-constitucionales que les resultó posible su uso (esto es, con excepción de los que, precisamente, y de modo todavía inevitable, deben regular singularidades de cada régimen; dentro de los - que no se encuentran directamente los derechos sindicales).

La Constitución no se refiere a las condiciones esenciales de los sujetos de los derechos sindicales que reconoce; no obstante, el ejercicio de éste se entiende para quienes tienen la capacidad jurídica obtenida por la mayoría de edad, la misma que por disposición constitucional, artículo 65, está estipulada a los 18 -/ años; los menores de edad en tanto ostentan la condición de "trabajadores" constituyen una excepción de la regla indicada, de manera que están facultados para el ejercicio de los derechos sindicales, salvo que éstos sean de representación (esto es, actos frente a - terceros), dado que su capacidad relativa les impide asumir las - responsabilidades respectivas; subsiste, pues, un derecho a ser re presentado dentro de las relaciones de trabajo de las que son parte, lo que les autorizaría el ejercicio del derecho de afiliación, voto, etc. (28)

El precepto constitucional en comentario se refiere a los trabajadores por cuenta ajena; lo que se ratifica con el artículo 52 que señala: "Los trabajadores no dependientes de una relación de trabajo, pueden organizarse para la defensa de sus derechos. - Les son aplicables en lo pertinente las disposiciones que rigen pa ra los sindicatos". Con ello, se abre un panorama de posibilidades respecto de las diversas modalidades por las que puede traducirse una actividad laboral o una prestación de servicios ajenas a la - institución del contrato de trabajo.

## 1.2. Contenido y alcance

Traduciendo la expresión constitucional del artículo 51, -

ha de entenderse por "sindicalización", el derecho básico de crear organizaciones sindicales, esto es el derecho fundacional, lo cual se ratifica con las líneas finales de su primer párrafo, cuando al referirse a la creación de las organizaciones de grado superior - señala: "sin que pueda impedirse u obstaculizarse la constitución ...de los organismos sindicales". Asimismo, dentro de la expresión en comentario se concibe el derecho de afiliación, el que conjuntamente con el fundacional, no está sujeto a autorización previa.

Seguidamente, el artículo 51 C, contiene el reconocimiento de la libertad de sindicación negativa, bajo una expresión que enlaza indirectamente con la versión positiva de aquélla; pudiéndose, en consecuencia, deslindar la afirmación de que "nadie está impedido a formar parte de un sindicato". Realmente, la redacción de este artículo pudo haber sido más directa; no obstante, los derechos básicos de la libertad sindical resultan necesariamente deducibles.

El mismo párrafo incluye el reconocimiento de los derechos esenciales de los sindicatos, esto es, el de crear organismos de grado superior, dentro de los que se comprenden las federaciones y confederaciones, más no claramente las de nivel internacional; en tal sentido, los convenios internacionales y la práctica desarrollada sobre el particular, despejan cualquier duda y conllevan a sustentar que aquellas son totalmente procedentes dentro de los alcances del reconocimiento sindical peruano.

Se declara, asimismo, el derecho al libre funcionamiento y administración de los organismos sindicales; lo cual, irrefutablemente, ha de interpretarse en concordancia con los preceptos internacionales y la doctrina desarrollada por el Comité de Libertad Sindical anteriormente comentados.

Dicho precepto, además, configura la autonomía sindical, - esto es, la capacidad de determinar sus propias reglas de vida, -

las mismas que han de ceñirse al marco de la legalidad y a los principios democráticos vigentes. Las normas reguladoras de la asociación sindical así lo corroboran, según se analizará posteriormente.

La disolución de las organizaciones sindicales queda sujeta, en principio por mandato constitucional, a la decisión de sus miembros; caso contrario, es posible en vía judicial, por resolución de la Corte Suprema (última instancia), en supuesto de violación de las leyes vigentes o de las normas estatutarias cuando afecten a sus miembros que así lo invocan y demuestran.

Finalmente, el precepto constitucional dispone garantías para los dirigentes sindicales, a efecto del desempeño de las actividades inherentes a sus cargos. Estas garantías han estado previstas legalmente desde 1957 (20); las normas posteriores, según veremos, reforzarán fundamentalmente la cobertura legal respecto del caso de despido.

Este aspecto adquiere relevancia por el reconocimiento constitucional que ha merecido.

Dentro del capítulo que nos ocupa, se prevé el derecho de negociación colectiva -artículo 54-, el de huelga -artículo 55-, el de participación en la gestión de utilidad de la empresa -artículo 56-; aspectos que son canalizados a través de la representación colectiva y, de la actuación sindical.

El campo de actividad sindical, en orden a los intereses de las organizaciones, no se limita al de las relaciones laborales, y menos aún a nivel sólo de empresa, en tanto que aquél mantiene recíproca influencia con los ámbitos económicos y políticos. La realidad sindical peruana al respecto, ha llegado al punto de constituir uno de los tres pilares sobre los que reposa la reciente iniciativa, surgida con motivo de su renovada vida democrática, de concertación social (inicialmente canalizada a través de la Comisión Nacional Tripartita, ahora del Consejo Nacional de Trabajo) en donde, conjuntamente con la representación empresarial y gubernamental, se adoptan decisiones económico-laborales de trascendencia nacional.

Por último, cabe aludir a la regla general del artículo 57 de la Constitución, cuyo primer párrafo dispone: " Los derechos reconocidos a los trabajadores son irrenunciables. Su ejercicio está garantizado por la Constitución. Todo pacto en contrario es nulo".

### 1.3.- Caso de los funcionarios públicos y de los miembros de las - Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales

Una importante novedad prevista por la Constitución en el Capítulo VI - De la Función Pública- es la contenida en el artículo 61 que dispone:

"Se reconocen los derechos de sindicalización y huelga de los servidores públicos. Esta disposición no es aplicable a los - funcionarios del Estado con poder de decisión o que desempeñan cargos de confianza ni a los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales".

Con motivo de la promulgación de la nueva Constitución se ha alcanzado una justa correspondencia para los empleados públicos en materia de libertad sindical según los textos internacionales - aplicables como la doctrina desarrollada al respecto, en tanto estaban prohibidos de aquella (30).

La Constitución, además, en su decimoséptima disposición general del Título VIII ratifica el Convenio 151 OIT sobre protección del derecho de sindicación y procedimientos para determinar - las condiciones de empleo en la administración pública.

De otro lado, por Decreto Supremo n° 003-82 PCM del 22 de Enero de 1982, se establecen las normas de desarrollo del precepto constitucional, y las de aplicación del citado convenio. El referido Decreto Supremo dispone en su artículo 1:" Los servidores públicos, empleados y obreros permanentes sujetos al Sistema Unico de - Remuneración de la Administración Pública, tienen derecho a consti



tuir organizaciones sindicales, afiliarse a ellas, aprobar sus estatutos y reglamentos, elegir libremente a sus representantes y participar en su organización, administración y actividades".

Su artículo 2, excluye de los alcances de este dispositivo legal a los magistrados del Poder judicial, funcionarios del Estado con poder de decisión o que desempeñen cargos de confianza (31), así como el personal militar y civil que son parte de las Fuerzas Armadas y Policiales.

El d.s., artículo 4, puntualiza el objeto de las organizaciones sindicales en orden a los principios generales que, en tal sentido, tienen universalmente reconocidos. De otro lado, explicita el artículo 5 el derecho de libre afiliación y el no afiliación, así como el de permanencia y retiro de la organización. Y, el artículo 6 prohíbe a la autoridad pública todo acto de restricción o -injerencia en el ejercicio de la libertad sindical (constitución -de sindicatos, sindicación, organización y administración sindical), aclarando que las organizaciones sindicales de servidores públicos tienen plena independencia y no pueden formar parte de la estructura administrativa de la Repartición (32)

Seguidamente, se establecen los requisitos formales para la constitución de sindicatos, disponiéndose en el artículo 7 que: "En cada Repartición del Estado podía constituirse uno o más sindicatos, integrados por servidores de la propia Repartición que hayan superado el período de prueba"; a efecto de dicha constitución y subsistencia se requiere de la afiliación del 20% del total de -servidores con derecho a sindicalizarse de la respectiva Repartición, y el número mínimo de 20 miembros -artículo 9-.

Los preceptos siguientes (33) regulan el trámite de inscripción y registro, modificación de estatuto, constitución de organizaciones de grado superior, forma de disolución de las organizaciones y, finalmente, los artículos 22 a 33 establecen normas para -consulta, petición cobertura y reclamaciones.

La disposición constitucional respecto de los miembros de las Fuerzas Armadas (34) y Policiales (35) es terminante; aquéllos quedan exceptuados del reconocimiento de libertad sindical. De -- otro lado, la Constitución dispone -artículo 274-: "Las leyes y - reglamentos respectivos regulan la organización, funciones, prepa- ración, empleo y disciplina de las Fuerzas Armadas y de las Poli- ciales", y que sus miembros "participan en el desarrollo económico y social del país y la defensa civil de acuerdo a la ley", -artícu- lo 280-.

La opción asumida por la Constitución peruana respecto de estos últimos casos, está convalidada por los Convenios 87 y 98 - OIT artículos 9.1 y 5.1, respectivamente. Es más, la excepción en comentario contaba con antecedentes constitucionales y legislati- vos, en cuanto por Decreto Supremo del 18 de Octubre de 1945, se - estableció la prohibición para los servidores de los Institutos Ar- mados de constituir sindicatos, lo cual se sustentaba en el artícu- lo 60 de la Constitución de 1933.

En la línea de excepciones del derecho de sindicación, la Constitución en su Título IV, capítulo IX - del Poder Judicial. el artículo 243 establece:

"La función judicial es incompatible con otra activi- dad pública o privada, excepto la docencia universi- taria.

Los Magistrados están prohibidos de participar en po- lítica, de sindicalizarse y de declararse en huelga".

## 2. Disposiciones legales sobre libertad sindical y derecho de sin- dicación.

### 2.1. Antecedentes

La representación colectiva, a efecto de pactos y conflic-



tos colectivos, estuvo prevista en 1934, por Resolución Suprema - del 7 de Marzo; y, a través de asociaciones profesionales o patronales reconocidas, originalmente, por Decreto Supremo del 6 de Marzo de 1920 y, posteriormente, reguladas por Decreto Supremo del 23 de Marzo de 1936.

Con motivo de la ratificación del Convenio 87 por Resolución Legislativa Nº 13281 del 15 de Diciembre de 1959, se expiden normas complementarias para el reconocimiento oficial de los sindicatos -Resolución Ministerial Nº 77 del 23 de Febrero de 1960- y, las reguladoras de la libertad de asociación sindical y constitución de sindicatos -Decreto Supremo Nº 009 del 3 de Mayo de 1961,- en vigencia, modificado en parte por Decreto Supremo Nº 021 del 21 de Diciembre de 1962 (los posteriores comentarios al Decreto Supremo 009, incluyen dicha modificación).

El penúltimo de los dispositivos mencionados, entre otros aspectos, estableció -lo que se cita como premisa a las reglas - aplicables en la constitución de sindicatos y derecho de asociación que se analiza seguidamente- que, los trabajadores habían de contar con contrato de trabajo vigente y más de tres meses de servicios (lapso para la condición de estables, aspecto posteriormente regulado por D.L. 14218 sobre período de prueba) de acuerdo con los libros de planillas.

## 2.2. Decreto Supremo Nº 009 del 3 de Mayo de 1961

Este dispositivo legal, inspirado en los principios contenidos en el Convenio 87 OIT, garantiza en su artículo 1º: "...a los empleadores y trabajadores, el derecho de asociarse libremente en sindicatos, sin autorización previa, para su mejoramiento económico, social y cultural y la defensa de sus intereses comunes". Complementando el derecho de libre asociación sindical, este enunciado traza los marcos de actuación sindical, debiendo entenderse por "comunes" aquellos intereses que directa o indirectamente -

conciernen a la relación y condiciones de trabajo; lo que se ha visto, ya supera el ámbito estrictamente laboral o profesional.

El artículo 2 contiene la garantía de la libre asociación, de creación y administración de los sindicatos, prohibiendo actos empresariales de ingerencia, coacción o restricción respecto de tales derechos.

Este precepto, de alguna forma, se adelanta al compromiso que posteriormente se asume con motivo de la ratificación del Convenio 98 OIT, cuyo contenido se dirige a establecer la garantía y consecuente prohibición en comentario.

Asimismo, el artículo 3, prevé la prohibición de las injerencias estatales a efecto del derecho de asociación sindical y su ejercicio legal.

Esta norma también responde a la situación de intervencionismo estatal operado en las relaciones laborales, que si bien es explicable, en orden a las desigualdades dadas en dichas relaciones, carecía de justificación a efecto del ejercicio de la libertad sindical, lo cual, precisamente, permitía, por medio de la acción colectiva, mayor equiparidad entre empleador y trabajador. En tal medida, el Estado se limita a un rol tutelar del cumplimiento de los principios sindicales.

El artículo 4 configura la libertad de afiliación en su aspecto positivo y negativo, en los términos siguientes: "Nadie puede ser obligado a integrar un sindicato o a no formar parte de él". De ahí se deriva el derecho de ingreso, de permanencia y de retiro, que se entienden sólo sujetos a las normas estatutarias del sindicato.

#### 2.2.1. Constitución de sindicatos

El Decreto Supremo bajo comentario, establece el requisito

mínimo de 20 miembros para la constitución y subsistencia de un -  
sindicato de trabajadores -artículo 7; mientras que, para las orga-  
nizaciones de empleadores, señala un número mínimo de 3 miembros,  
contemplando que las personas jurídicas puedan ser parte de aque-  
llas -artículo 8-.

El registro de los sindicatos es premisa para la acción -  
representativa sindical -artículo 11-; en principio, la interven-  
ción de la autoridad ha de darse como acto declarativo y como --  
medio de verificación del cumplimiento de las disposiciones perti-  
nentes.

Constituye requisito esencial, a tal efecto, que el acta -  
de constitución esté suscrito por más del 50% de los trabajadores;  
dispone el citado precepto, en su inciso a) con relación a los do-  
cumentos a presentar, lo siguiente: "Copia del acta de constitución,  
con expresión del número de trabajadores que acredite que el sindi  
cato se ha constituido con más del 50% de los empleados, si el sin  
dicato que se ha constituido es de empleados; con más del 50% de -  
los obreros, si el sindicato es de obreros; y con más del 50% de -  
los empleados y más del 50% de obreros, si el sindicato es mixto.."

Aún cuando este Decreto Supremo está inspirado en el Con-/  
venio 87 OIT, impide el pluralismo sindical, entendido éste como -  
resultado de la libre asociación sindical; este modelo, pues, res-  
ponde al sistema de monopolio sindical, caso por cierto diferente  
al sistema de sindicato único.

A todo esto, además, se ha de resaltar que con motivo de -  
la diferenciación existente entre empleados y obreros, la iniciati-  
va de asociación sindical puede darse separadamente, en cuyo su-/  
puesto operan los requisitos señalados en forma independiente a ca  
da grupo; caso contrario, los requisitos se aplican con los mismos  
porcentajes y número (caso para el que, usualmente, se adopta la -  
denominación de "sindicato único", ajena -se insiste- a la concep-  
ción propia del sistema de sindicato único, antes referido).

El Decreto Supremo de 1961 establece las normas de trámite de registro del sindicato, cuya denegatoria sólo puede fundarse en el incumplimiento o infracción de disposiciones legales -artículo 15-, así como de su publicidad.

### 2.2.2. Constitución de organizaciones de grado superior

Declarado el derecho de crear federaciones y confederaciones -artículo 22-, se establece como requisito para las primeras - un mínimo de 5 sindicatos (esto es 100 trabajadores), y para las - segundas un mínimo de 10 federaciones (1.000 trabajadores) -artículo 23-. Se prevén igualmente, normas para sus respectivos registros especificándose que la separación de los sindicatos y federaciones de las organizaciones de grado superior puede darse en cualquier momento, aunque exista pacto en contrario -artículo 26-; salvedad innecesaria, si se atiende fielmente a los principios de libertad sindical.

### 2.2.3. La representación colectiva y la dirigencia sindical

El Decreto Supremo de 1961 inserta, además, la regulación del caso del centro del trabajo con menos de 20 trabajadores, lo - cual resulta asimilable al supuesto de que aún cuando hubiere tal número, o incluso superior, de trabajadores, los miembros del sindicato a registrarse no alcancen en número a tal cifra. Para tales casos, se dispuso que con 5 o más trabajadores (se entiende inferior a 20) se pueda elegir, por mayoría, un delegado, el mismo que ejercerá, la representación de los trabajadores ante el empleador y autoridades.

Aún cuando la figura del delegado no resulta institucionalmente equiparable a la del representante sindical, aquel está previsto para una actuación que comprende las negociaciones, reclamaciones y conflictos colectivos de trabajo -Decretos Supremos nºs.

12 y 1 de 1962 del 21 de Agosto y 2 de Noviembre, respectivamente.

La normativa internacional incluye estos representantes - dentro de la protección prevista originalmente para los cargos y - actividades sindicales, respecto de las injerencias empresariales. La legislación peruana, bajo tal orientación ha venido asimilando dentro del marco de las garantías sindicales, las actividades y - cargos de representación; no obstante, no se ha llegado a una total equiparidad, especialmente respecto de la protección frente al des - pido discriminatorio antisindical, que es objeto de un capítulo - posterior.

Tanto la calidad del miembro de un sindicato como la de re - presentante sindical, dispone del D.S. de 1961 -artículo 10-, es - estrictamente personal y consecuencia, no podrán transferirse, trans - mitirse, ni delegarse.

El Decreto Supremo Nº 17 de 1962 -artículo 2- establece, - además, que los dirigentes sindicales, para el ejercicio de la re - presentación han de contar con la voluntad mayoritaria de los repre - sentados (caso contrario, sus actos se reputan personales), lo que, encuentra amplio sustento en los criterios informados por el Comi - té de Libertad Sindical, según se ha referido antes.

Igualmente, se establece la obligación para el empleador - de permitir reuniones sindicales en el local de trabajo (fuera de las horas de labor); norma que, conjuntamente con otro tipo de "fa - cilitades" para el desempeño de las actividades sindicales, vale - decir, permisos, licencias, distribución de información, etc., han venido desarrollándose por convenios colectivos; via que, en la - práctica, ha superado lo previsto por ley, propiamente dicha.

### 2.3. Ley Nº 15171 del 9 de Octubre de 1964

Con la intención de proteger la actuación y subsistencia -

sindical, así como el principio de intangibilidad de las remuneraciones dispone el artículo 1º de la ley en referencia, la obligación para el empleador de efectuar las deducciones por cuotas sindicales ordinarias y extraordinarias que soliciten los sindicatos, lo cual debe sustentarse en la previa autorización escrita del trabajador sindicado, "y cuyo monto sea señalado por los estatutos del sindicato, acuerdos que adopte la respectiva asamblea general o, - en su defecto, aquella cifra que indique el trabajador...".

Se ha omitido priorizar tales alternativas, respecto de lo que resulta determinante el principio de intangibilidad de las remuneraciones que hace indispensable la autorización previa y escrita del trabajador señalando las condiciones (monto y forma) de la deducción, frente a cualquier decisión del sindicato.

A consecuencia de lo legislado, deviene inaplicable cualquier convenio colectivo que estipula deducción de cuotas sindicales sustrayéndose al cumplimiento de los requisitos indicados (37).

Añádase que en este dispositivo legal no están previstos - los trabajadores no sindicalizados a efecto de la aportación extraordinaria (por gastos de negociación...), y aún cuando les alcance - los beneficios del convenio: la deducción respectiva sólo sería - procedente como parte de un convenio colectivo también con la previa autorización escrita del trabajador. La no inclusión de aquéllos en el convenio colectivo a tales efectos, dados los criterios jurisprudenciales vigentes y la inexistencia de mandato expreso, no permiten deducir supuesto discriminatorio al respecto, aún cuando - existen, de otro lado, argumentos para su sustentación.

Cabe traer a colación, tanto en razón del presente tema - como de los anteriores tratados en este capítulo, que la Constitución en su artículo 57, establece: "Los derechos reconocidos a los trabajadores son irrenunciables. Su ejercicio está garantizado por la Constitución. Todo pacto en contrario es nulo...".



## CAPITULO II.- NOTAS Y CITAS BIBLIOGRAFICAS

- 1.- Russomano Mozart, V.- "Principios Generales de Derecho Sindical" p. 78 - Instituto de Estudios Políticos - Madrid - 1977.
- 2.- Idem - p. 85
- 3.- OIT - "La libertad Sindical \_ Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical" p. 81 párr. 215. 2da. ed. 1976. Ginebra.
- 4.- Alonso García M.- "La Libertad de sindicación. Manifestaciones, contenido y garantías en la Constitución Española" en "Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Bayón Chacon G." p. 49. Ed. Tecnos . 1980
- 5.- Rodríguez Piñero, Miguel.
  - a) "La Libertad Sindical en la Constitución" en "Los Trabajadores y la Constitución" p. 102 Sociedad de Estudios Laborales SEISA. Y,
  - b) "Los Sindicatos y la Constitución" cita nº 29 de Ojeda Aviles A. "La Libertad Sindical" en Revista de Política Social nº 121 - p. 360 Enero-Marzo 1979- Centro de Estudios Constitucionales.
- 6.- Sala Franco T. - "La Libertad Sindical en el proyecto constitucional" Argumento nº 14 - 1978 p. 63 ; cita nº 2 Rayón Suárez E. "El ámbito de aplicación del derecho sindical" p. 34.
- 7.- Rayón Suárez, E - "El ámbito de aplicación del derecho sindical y la fundación del sindicato" p.
- 8.- Sentencias del Tribunal Supremo.- (3) Sala 1a. del 11 de Abril, del 9 y 15 de Diciembre de 1979 en "Derecho del Trabajo" 7a. ed. p. 427 de Alonso Olea M. - Universidad Complutense.
- 9.- Rodríguez Piñero, M - "La Libertad Sindical en ... " cit. p. 96.
- 10.- Sentencia del 13 de Agosto de 1981 del Tribunal Europeo de - Derechos Humanos- en "Los pactos de seguridad sindical, algunas decisiones recientes" de Alonso Olea, M. Separata. Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, nº 59, 1982 - p. 272.
- 11.- Alonso Olea, M.- "Los pactos de seguridad sindical. Algunas decisiones recientes. Separata. Revista Española de Derecho del Trabajo nº 12 Oct/Dic. 1982 - CIVITAS.

- 12.- OIT - "La Libertad Sindical - Repocilación...", cit.p. 19 párr. 39.
- 13.- Alonso Olea, M. - "Los pactos de seguridad sindical. Algunas decisiones recientes. Separata. Revista Española de Derecho del Trabajo nº 12 Oct/Dic. 1982 - CIVITAS. p. 576. cita 23
- 14.- Alonso Olea, M.- "Derecho del Trabajo" 7a. ed. Facultad de - Derecho Universidad Complutense p. 440.
- 15.- Alonso Olea, M.- "Libertad Sindical y derecho de sindicación" Ciclo de Conferencias, Sindicatos y Relaciones Colectivas de Trabajo, p. 26.
- 16.-Alonso Olea, M.- "Derecho del Trabajo" cit.p.441
- 17.- Montalvo Correa,J.- "El Derecho de Sindicación y la mayor representatividad sindical" en "Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Bayón Chacón, G", p. 335. Ed. Tecnos - 1980.
- 18.- Montalvo Correa, J. -op. cit. p. 337
- 19.- Idem p. 346
- 20.- Garrido Falla, F.- "Comentarios a la Constitución de 1978" p. 359 Ed. Civitas.
- 21.- OIT - "La Libertad Sindical - Recopilación...", cit. p. 7 - párr. 7
- 22.- Ojeda Aviles, A.- "Derecho Sindical" p. 118 Ed. Tecnos - 1980
- 23.- Rodríguez Piñero, M. - "La Libertad Sindical en la Constitución" en "Los Trabajadores... cit. p. 109.
- 24.- Idem .- p. 110
- 25.- Alonso Olea, M.- "Derecho del Trabajo", cit. p. 438
- 26.- OIT - "La Libertad... Recopilación... ", cit. p. 49 - párr. 125.
- 27.- Alonso García, M.- "Haciaun modelo democrático derelaciones - laborales" p. 24. Instituto de Relaciones Laborales Universidad de Zaragoza - 1980.
- 28.- Resolución Ministerial nº 658 D.T. de 26 de Agosto de 1957 - sobre normas para el escrutinio en los sindicatos de obreros, cuyo art. 2 dispuso: " En el referido acto podrán intervenir

los trabajadores menores de edad y los analfabetos...". Son documentos de identidad para los mayores de edad las libretas electorales y militar (requisito para nómina de asociados de sindicato. D.S. 009 del 3 de Mayo de 1961 -art.13); y, para los menores de edad la autorización de trabajo expedida por la Autoridad de Trabajo que consta en una libreta de identidad - D.S. de 25 de Junio de 1921 -Reglamento de Ley 2851, sobre trabajo de mujeres y menores.

- 29.- a) Resolución Suprema n° 23 del 18 de Febrero de 1957 sobre prohibición de despido de los representantes durante la presentación de pliego de reclamos, su tramitación y - mientras duran los efectos inmediatos de la ejecución - de la resolución o acuerdo que le ponga término, salvo en las causales (del art. 294 del Cód. de Comercio) posteriormente denominada "falta grave" (ver cap. IV parte 3). El art. 2 incluyó en el precepto a "los miembros de las juntas directivas de los sindicatos en proceso de - organización y de los sindicatos reconocidos miembros - practiquen actos de representación".
- b) Resolución Suprema n° 24 D.T. de 2 de Marzo de 1957 sobre pago de viajes a representantes de trabajadores para solucionar conflictos colectivos de trabajo.
- c) Resolución Suprema n° 27/D.T. de 20 de Abril de 1957, por su art. 3, empleadores y autoridades deben prestar - facilidades a personeros o dirigentes sindicales para el ejercicio de los actos de representación; el art. 6 - prohibió el despido de los personeros de los sindicatos en formación durante el término de 3 meses "ni a los -- miembros de las Juntas directivas de los Sindicatos establecidos, cuando ejerciten actos de representación" (punto incluido actualmente por el D.L. 22126 -art. 33), salvo "falta grave"...(según atinencia antes referida....)
- 30.- Los servidores públicos se rigen por el Estatuto y Escalafón del Servicio Civil -Decreto Ley 11377 de 29 de Mayo de - 1950- cuyo art. 1° establece como empleado público a toda persona que desempeña labores remuneradas en las Reparticiones del Estado. Su art. 49 disponía que tales servidores podían asociarse sólo con fines culturales, - -

deportivos, asistenciales o cooperativos; dichas asociaciones estaban prohibidas de adoptar denominación u organización propia de sindicatos, o las modalidades de acción de estos organismos, de ejercer coacción en sus peticiones y de recurrir a la huelga. Por decreto supremo de 21 de Octubre de 1960, además, se dispuso que las asociaciones de empleados públicos que ejercieran actividades distintas a las previstas por el mencionado art. 49, perdían el derecho de reconocimiento oficial como asociación, disponiéndose la cancelación de su inscripción en los registros pertinentes. (Antecedentes : Ds. SS. del 5 y 12 de Noviembre de 1945).

- 31.- Decreto Supremo n° 003-82 PCM -art. 3: "Se consideran funcionarios con poder de decisión a los que desempeñan cargos directivos y que legal o administrativamente estén facultados para resolver asuntos de su competencia. Son cargos de confianza los determinados en el Título III - del Decreto Legislativo 217 -Ley del Poder Ejecutivo (x) así como aquellos otros que sean establecidos por Decreto Supremo" (x: se refiere a cargos de dirección).
- 32.- Decreto Supremo n° -03-82 PCM - art. 8: Para los fines del presente Decreto Supremo se considera como Repartición, a las entidades constitutivas de los Poderes del Estado, Gobiernos Locales, Corporaciones Departamentales de Desarrollo u Organismos Regionales de Desarrollo, Sociedades Públicas de Beneficencia e Instituciones Públicas, con pliego presupuestal propio, cualquiera sea el origen del recurso".
- 33.- Decreto Supremo 003-82 PCM -art. 11 sobre inscripción en el Registro del Instituto Nacional de Administración Pública; art. 12: sobre requisitos de registro con arreglo a la Directiva n° 003-82-INAP/DIGESNAP aprobada por Resolución Jefatural n°134-82 INAP/DIGESNAP de 18 de mayo

de 1.982; art. 17 sobre constitución y afiliación a federaciones y confederaciones (la primera, requiere de 20 sindicatos de servidores públicos y, la segunda de 10 federaciones), los arts. 18 y 19 establecen normas complementarias a tal efecto; art. 20: la disolución de la organización sindical de servidores públicos se produce por acuerdo de sus miembros, mandato de sus estatutos o por resolución de la Corte Suprema de Justicia.

- 34.- Las Fuerzas Armadas estan constituidas por el Ejército, la Marina de Guerra y la Fuerza Aérea -art. 275 de la Constitución.
- 35.- Las Fuerzas Policiales estan constituidas por la Guardia Civil, la Policía de investigaciones y la Guardia Republicana -art. 227 de la Constitución.
- 36.- a) Resolución Directoral n° 231 DGT de 22 de Septiembre de 1962 : "Registrado un sindicato que representa a los servidores del centro de trabajo no puede registrarse otro del mismo centro..., por cuanto deben reunirse ciertos requisitos para obtener registro sindical como es el apoyo de más del 50 % de los servidores, siendo imposible la existencia de dos agrupaciones que representen cada una más del 50 % de los trabajadores". ARISA n° 214 -Ramírez Otárola Jorge. "Codificación de la legislación de Trabajo y de Previsión Social - del Perú". p. 795 nota n° 11-2da. ed. 1963 Ed.A. Lulli Lima - Perú.
- b) Resolución Directoral n° 45-65 DRTS de 25 de Septiembre de 1965 : "Existiendo un sindicato en una localidad ya registrado, no procede el registro de otro sindicato que no ha cumplido con reunir el 50 % más uno de los servidores de la misma localidad

en esa localidad" . Rendón Vásquez Jorge "Derecho del Trabajo Colectivo" p. 331 - 3a. ed. Ed. Tarpuy. Lima-Perú.

- 37.- Resolución Sub-Directoral n°144-SDRE de 30 de Septiembre de 1967. Boletín de principales disposiciones en materia de trabajo n° 10 del Ministerio de Trabajo. Lima-Perú.

### CAPITULO III.- LOS PODERES EMPRESARIALES EN LA RELACION DE TRABAJO

#### 1.- Los poderes directivo, reglamentario y disciplinario del empresario

##### 1.1.- El poder empresarial de dirección

###### 1.1.1.- Fundamento

El poder de dirección de la empresa, entendida ésta como "la organización coordinada e independiente de trabajadores para la consecución de un fin técnico laboral propuesto por el empresario" (1), es un derecho subjetivo de éste; "el poder es, en última instancia, el fundamento del derecho subjetivo" (2).

La distinción doctrinal entre ambos conceptos consiste en que el poder es la posibilidad de concretar una determinada situación antes y durante una relación jurídica, mientras que el derecho subjetivo es la potestad jurídica que traduce ciertas facultades dentro de dicha relación (3). A sus efectos, ambos conceptos son complementarios, prácticamente se fusionan en una situación de derecho, de ahí que se estime el poder empresarial de dirección como un poder jurídico que se materializa dentro de la relación laboral, a lo largo de toda su secuencia.

Atender al poder de dirección dentro de una relación de trabajo supone considerar, en primera instancia, el carácter obligatorio de ésta, dentro del cual se da el deber de determinadas prestaciones y consecuente derecho de tener la posibilidad de efectuarlas (trabajador), a cuenta y riesgo de otro (empresario) que, a su vez, tiene el derecho a exigir tales prestaciones como el deber de retribuir las. Surgen, pues, derechos y deberes recíprocos,

que han de cumplirse de acuerdo a la regla general de buena fe, - por ambas partes.

El trabajador, como obligación intrínseca a la relación laboral, pone sus servicios a disposición del empresario, quien - tiene el deber y las facultades de especificarlos y organizarlos, esto es, ejercer el poder jurídico de dirección. Este, señala - Montoya Melgar, encuentra en el "derecho de crédito" al menos su - fundamento, de manera que "... puede decirse que (el poder de -- dirección) tiene por función procurar hacer efectiva la puesta a disposición del o de los trabajadores, actuando así el interés - legítimo del empresario en cuanto acreedor" (4).

#### 1.1.2.- Definición

Para el Profesor Alonso Olea el contrato de trabajo, "es título determinante de la ajenidad de los frutos del trabajo en - régimen de trabajo libre", (5) el cual da lugar a obligaciones ge- nerales de las cuales derivan otras específicas y un "deber de -- protección", el mismo que surge con motivo de la forma en que de- be ser prestado el trabajo, lo que se concreta a través del po- - der directivo empresarial. Agrega el autor que, dicho poder di- rectivo es consustancial a la empresa : "una estricta necesidad técnica u organizativa de la misma" (6).

Dentro de dicha línea se define el poder de dirección - como "el conjunto de facultades jurídicas a través de cuyo ejer- - cicio el empresario dispone del trabajo realizado por cuenta aje- na y a su riesgo, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo en la empresa" (7).

De dicha definición se colige que el objeto del poder - de dirección es la ordenación de las prestaciones de trabajo, y



que su contenido está conformado, precisamente, por las decisiones que disponen tal ordenación; su titular, esto está implícito, es el mismo empresario, quien ejerce el poder directivo de manera directa o indirecta, en este segundo supuesto, si se trata de una persona jurídica; de cualquier forma, el ejercicio es unilateral.

### 1.1.3.- Naturaleza jurídica

El poder de dirección tiene carácter jurídico autónomo, tanto a nivel interno de la empresa como frente a los poderes públicos; y, asimismo, respecto de otros poderes empresariales, reglamentario y el disciplinario, aunque en la práctica tenga actuación conjunta, y coincidan en numerosos aspectos de sus respectivos contenidos.

La legitimación del poder de dirección le confiere carácter jurídico y "fuerza imperativa capaz de crear obligaciones" (Montoya Melgar). La discrecionalidad derivada de su propia naturaleza, permite la libre actuación empresarial sobre los medios en que se desempeña la prestación de servicios, con sujeción -se entiende- al marco legal que corresponde a las relaciones laborales.

La doctrina ha resaltado, acertadamente, que dicha discrecionalidad conlleva la vinculación con el concepto de riesgo de empresa, que es de cargo del empresario. El hecho, pues, de que se trate de trabajo "por cuenta ajena" explica la titularidad del poder de dirección que a su vez ha de sustentarse en el principio de seguridad jurídica y legalidad, con la consecuente obligación de asumir los riesgos, consecuentes resultados y responsabilidades de su ejercicio.

De allí, derivan otras notas características del poder

de dirección, entre ellas su carácter irrenunciable e intransmisible, aunque sí, según se ha dicho, delegable en su ejercicio.

Es imprescindible, a efecto de la determinación de la naturaleza jurídica del poder de dirección, tener en cuenta los caracteres propios de la relación de trabajo; vale decir, de su carácter personal y dependiente, especialmente, fluye el sustento de dicho poder; su fundamento, conforme se ha indicado, radica en la estructura misma de la relación laboral.

A diferencia de otras obligaciones, en la relación de trabajo el empresario organiza y dirige las prestaciones del trabajador; ese poder de dirección, es más, se materializa según el tipo de relación laboral, y varía de intensidad según se trate de una relación laboral común o especial, de manera que en el segundo de los casos puede atenuarse o intensificarse.

La intensidad con que se materializa el poder directivo, además, está sujeta al grado de reconocimiento legal que se le confiera; las variaciones, en tal sentido, no inciden pues sobre su fundamento y caracteres; vale decir, la variante, no es cuestión de naturaleza sino de grado.

Las decisiones directivas, según señala Montoya Melgar, pueden expresarse por vía impersonal y abstracta, a través de órdenes generales, circulares, etc; o por decisiones singulares. Aquellas, a su vez, pueden ser de carácter ejecutivo, instruccional o de control, destinadas a cumplir una triple función: decidir, ordenar y controlar, tanto la organización de las prestaciones de trabajo, como la técnica de éste y, la disciplina en la empresa (8).

#### 1.1.4.- Alcance y límites

El marco de legalidad vigente dentro del que se comprenden los valores sustentatorios de ésta, los principios generales de la teoría de contratos aplicables al de trabajo, vale citar -

entre estos, la buena fe y común intención de las partes al celebrar el contrato de trabajo, así como los inherentes al Derecho Laboral, delinear los alcances y límites consecuentes generales del poder directivo empresarial. No obstante, dicho poder, según se refiere anteriormente, goza de cierta autonomía, sustentada precisamente en el carácter de la relación de trabajo, que ha de coexistir con normas jurídico-positivas que preven la intervención estatal en caso de su ejercicio arbitrario, discriminatorio o ilícito, como las que reconocen y protegen la fuerza organizada de los trabajadores y su participación normativa en las relaciones laborales: ambos factores inciden de tal manera que puede considerarse que, en su conjunto, son fuerzas en búsqueda permanente de equilibrio. La creciente fuerza colectiva, canalizada a través de organizaciones sindicales y de otras formas de representación, ha venido atenuando la discrecionalidad ostentada por el empresario en uso de su poder directivo; hay un mayor control de éste, acentuado por dicho crecimiento.

Los poderes públicos han de encargarse, conjuntamente con las partes de la relación de trabajo, de canalizar las fórmulas de acuerdo adoptadas por aquellas, en las que se conjugan sus respectivos derechos, con el objetivo del interés común. Las concertaciones generales, así como las negociaciones colectivas sobre específicas condiciones de trabajo pueden involucrar, directa o indirectamente, el control del poder directivo y sus alcances; de por medio, existe una brújula, cual es la de respetar los valores sustentatorios del ordenamiento jurídico, entre los que tiene singular relevancia, a estos efectos, la dignidad de la persona y el principio de igualdad; estos, pues, marcarán el límite del alcance del poder directivo.

El poder directivo, se ha visto, genera derechos que, por sus fundamentos, devienen irrenunciables en la misma medida que lo es la función organizativa del empresario, inherente a su condición de tal y objeto del contrato de trabajo que le vincule con el trabajador; los deberes derivados de dicha potestad aparecen en dos niveles; a nivel interno, respecto de los trabajadores

y, en su caso, del empresario delegante de su poder directivo; y, a nivel externo, de modo general, respecto de la sociedad y, de modo específico, respecto de los poderes públicos y de terceros.

Sobre los últimos citados, el empresario asume la responsabilidad por los actos de sus trabajadores en cumplimiento de -- sus funciones y órdenes implícitas; responde pues, ante terceros, del daño ocasionado por aquellos en tales circunstancias. En tal sentido, la liberación de responsabilidad, que no es enteramente objetiva, está sujeta a que el empresario demuestre haber cumplido con la diligencia debida para evitar el daño. Fórmula asimilada de la doctrina por diversos ordenamientos jurídicos, como los que aquí corresponde tratar. Vale decir, que no sólo bastaría - acreditar caso fortuito o de fuerza mayor, o el presupuesto de - culpa o negligencia de la propia parte perjudicada (tercero), pa - ra eximir de responsabilidad al empresario respecto del daño oca - sionado al tercero con ocasión de los actos de sus dependientes, en cumplimiento de sus funciones y ordenes de aquél, sino incluso sería exigible, a tal efecto, acreditar haber actuado con diligen - cia debida para evitar el daño...

El presupuesto que tiende a objetivar esta responsabili - dad radica en el hecho de que el trabajador ocasionó el daño con motivo de la prestación de servicios desempeñada a favor del em - presario, lo cual relativiza la incidencia de la conducta culposa o negligente de aquél.

Los alcances de estas obligaciones empresariales operan tanto respecto de la responsabilidad contractual, como de la ex - tracontractual.

#### 1.1.5- El ius variandi.

Consiste en la potestad empresarial de variar unilateral - mente las condiciones de trabajo en orden a las necesidades de la empresa; está en la línea del poder directivo aunque no se le es - tima propiamente, una derivación de éste. El ius variandi rebasa los alcances ordinarios del poder directivo, en cuanto la modifi - cación que opera llega hasta los límites de la prestación de ser - vicios misma, o las condiciones de su desempeño, mientras que aquél concierne a la ordenación de las prestaciones establecidas.

El ejercicio del *ius variandi* se encuentra, normalmente, regulado por las normas positivas, las cuales también, usualmente, prevén para el ejercicio de tal derecho la intervención de los sujetos afectados, a través de sus representantes, así como, para determinados casos, la de las respectivas autoridades, ante quienes se justifican y acreditan las causas de dicha variación, dentro de los que han de encontrarse las necesidades de la empresa, sean ordinarias o excepcionales.

Sobre su calificación jurídica, se ha dicho que el "poder de variación es un poder potestativo o poder de formación"; agregándose que como poder, "el *ius variandi* tiene un carácter diferenciado porque el ejercicio de la voluntad empresarial tiene el efecto de innovar la situación jurídica pre-existente para el sujeto pasivo, el trabajador, sin que la posición de éste sea técnicamente una situación de sujeción;... el ejercicio de aquel poder no precisa de la colaboración del trabajador, ni se produce una relación del tipo pretensión-obligación, que es la propia de los derechos subjetivos". (9).

Montoya Melgar, aludiendo a la doctrina más autorizada, señala que el *ius variandi* permite "alterar, de modo no esencial, los límites de la prestación de trabajo"; y, asimismo, que su contenido hay que distinguirlo de la modificación novatoria, en cuanto la novación del contrato de trabajo, "implica forzosamente la alteración de un elemento esencial de la obligación". (10).

Si bien existe consenso en el reconocimiento del *ius va*riandi como potestad empresarial en los términos expuestos, y las regulaciones legales usualmente tienen la clara orientación de exigir la justificación de su ejercicio, hay matices dentro del amplio campo en que puede aplicarse dicho concepto que no están, ordinariamente, regulados con precisión; de manera que la aplicación del *ius variandi* queda sujeta, en tal sentido, a principios y valores que llevan a la protección concreta de la formación profesional y la dignidad de la persona.

A todo ello, hay que considerar que el trabajador, sujeto pasivo de la potestad del ius variandi, en orden a su condición de persona y a la dignidad que a ésta corresponde, cuenta con derechos que le son inherentes y que tienen el carácter de fundamentales, y que gozan de específica prioridad dentro de los ordenamientos jurídicos que los tienen catalogados como tales y por ende de especial protección.

En las relaciones laborales se conjugan una gama de derechos dentro de los que el ius variandi es un derecho empresarial cuya concreción necesariamente ha de respetar prioritariamente el contexto de los derechos fundamentales del trabajador. Estos, pues, se traducen en un límite para el ius variandi; el mecanismo de superprotección que los derechos fundamentales justifican ha de implicar la rotunda prohibición de afectación de aquellos, con la nulidad radical de los actos violatorios y consecuentemente restitución de derechos.

## 1.2.- El Poder Reglamentario del Empresario.

### 1.2.1- Definición

Consiste en la potestad jurídica de establecer las reglas y normas para el ordenamiento interno de la empresa. Es poder del empresario de "legislar" la regulación de las actividades de trabajo en razón de su función organizativa en la empresa.

En tal sentido, se desarrolla la diferenciación conceptual respecto del poder de dirección; no obstante, en la práctica, el ejercicio de ambos poderes se encuentra conectado.

El poder normativo se materializa, ordinariamente, a través del reglamento de trabajo, cuyo contenido está vinculado al poder de dirección y también al poder disciplinario, que se atenderá a continuación.

### 1.2.2.- Vinculación con otros poderes empresariales

Establecer las distinciones técnicas entre los poderes empresariales, se ha manifestado, es tarea que se realiza en "terreno movedizo e inseguro", de manera que, el mejor recurso de diferenciación entre aquellos es la vía de su expresión (11).

Muchas expresiones del poder de dirección, como del poder disciplinario, se canalizan a través del poder reglamentario; éste, resulta en tales casos un instrumento de aquellos; si bien en esencia, como poder normativo, posee autonomía propia cobra pleno sentido en razón de las demás potestades empresariales, de ahí que se sostenga que las sutiles diferenciaciones entre uno y otro carecen de eficacia práctica.

El reglamento de trabajo, contiene, esencialmente, normas de organización, esto es, reglas y condiciones de desarrollo de la actividad laboral; consecuentemente prevé medidas punitivas ante el incumplimiento de aquellas; asimismo, incluye cláusulas que rigen el ejercicio de determinados derechos laborales del trabajador y obligaciones del empresario, con lo cual, se convierte en un instrumento de control para éste.

Fuente primera del poder reglamentario es la voluntad del empresario, que ha de atenerse al marco de la legalidad vigente; la voluntad de las partes, expresada a través de convenios colectivos, aparece como mecanismo contingente de creciente fuerza en la formulación de la regulación de la actividad laboral y control de la misma. Ello es otra fuente de la que fluyen cláusulas de carácter directivo o disciplinario que dan contenido a la reglamentación operante.

### 1.3. El poder empresarial de disciplina

Consiste en la facultad punitiva laboral del empresario respecto de la conducta del trabajador tipificada como ilícita o violatoria del régimen normativo de la empresa, esto es, como infracción laboral.

La vida empresarial demanda un ordenamiento jurídico - laboral cuyo cumplimiento por parte del trabajador, es tutelado por el empleador como titular de la dirección empresarial y -- acreedor de las prestaciones de trabajo; la eficacia de tal potestad radica en la posibilidad de actuar directamente imponiendo medidas correctoras traducidas ordinariamente en sanciones - disciplinarias.

Dada la estrecha proximidad entre los poderes empresariales, en un nuevo esfuerzo de sus diferenciaciones conceptuales, se ha tomado como punto de referencia el objetivo específico de cada uno de ellos; así, se ha indicado que el poder de dirección tiene por objeto la ejecución contractual, el poder reglamentario establecer normas de ámbito empresarial, el poder disciplinario garantizar el mantenimiento del orden técnico laboral (articulado incluso a normas de ámbito supra-empresarial) (12). No obstante tales distingos, su aplicación revela constantes aspectos coincidentes de manera que incluso su eficacia está muchas veces sujeta a la interrelación y actuación de ciertos poderes.

#### 1.3.1- Fundamento

El profesor Alonso Olea señala: "La potestad disciplinaria surge como una necesidad del principio de conservación de la relación laboral, característico del Derecho de Trabajo, como la forma de cuajar un sistema gradual de sancionar disciplinariamente con arreglo a la gravedad de las infracciones laborales y como seguridad legal de que la decisión del empleador no resulte arbitraria." (13).



Dicho autor agrega que el poder disciplinario "corresponde al empresario como correlato de su poder de dirección;... que es también una necesidad técnica u organizativa de la empresa" (14).

El fundamento del poder disciplinario es susceptible de enfoque bajo diferentes ópticas, razón de las diversas facetas que reviste la actividad empresarial, vale decir, desde el punto de vista económico, cuya responsabilidad señala Cremades es "pura consecuencia del régimen de ajenidad en los frutos y -- sobre todo en los riesgos..." (15); desde el punto de vista social, por la obligación asumida ante la sociedad en su papel de contribuyente y responsable de la parte de orden público que le corresponde (sin que su función llegue a tener precisamente este carácter); desde el punto de vista empresarial-laboral, esto es, a nivel interno de la empresa, respecto del orden y funcionamiento de la misma.

En esencia el fundamento del poder disciplinario se desarrolla en razón de lo que representa la empresa y su buena -- marcha frente al Estado y toda la sociedad, como recurso para -- materializar su actividad y responsabilidad tanto respecto de -- los trabajadores, el Estado, o terceros.

De tal manera, el poder directivo presenta una doble -- realidad correlativa, esto es, como deber y derecho para los sujetos de dicha potestad, lo que traduce una función protectora tanto de la integridad física y moral del trabajador, respecto de las medidas disciplinarias a aplicársele, como de la garantía de un determinado comportamiento de aquel, respecto de sus relaciones laborales dentro de la empresa como fuera de ésta.

### 1.3.2- Sujetos y ámbito de aplicación

El sujeto activo es el empresario y los fundamentos de esta titularidad, como se ha dicho, son tanto de carácter jurídico como socio-económico. El sujeto pasivo es el trabajador,

expresión que incluye el colectivo aunque la aplicación del poder disciplinario a sus efectos sea individual; los sujetos son, pues, las propias partes de la relación de trabajo.

En cuanto a la conexión relacional de las partes involucradas directamente en el poder disciplinario, señala Cremades que: "... (es) esencial a la misma noción de relación jurídica, se torne en criterio determinativo de la legitimación para hacer efectiva o, en su caso, del sometimiento de la responsabilidad disciplinaria; ésta, agrega, "no se estructura jurídicamente sólo para garantizar la concreta prestación laboral, tiene presente sobre todo el mantenimiento genérico del comportamiento debido... resultando inherente a la misma esencia del contrato de trabajo". (16).

El ejercicio de la potestad disciplinaria está sujeto, en principio, al ámbito material de la empresa, se rige por la discrecionalidad del empresario, que a su vez ha de ceñirse a las normas jurídico-positivas vigentes, que pueden estimarse como condicionamientos legales al ejercicio de la potestad disciplinaria, dentro de los que no resulta exigible una estricta tipificación de las faltas laborales, entre otras razones porque ello sería casi materialmente imposible, de manera que la discrecionalidad empresarial tiene un cierto ámbito; criterios y reglas jurídicas vigentes resultan, en algunos casos, de directa limitación, mientras que en otros son sólo tangencial e indirectamente limitativos.

Una regulación sustancial al respecto la constituyen los valores coexistentes al de igualdad que sustentan las relaciones laborales, como los derechos fundamentales que concierne al trabajador; estos actúan permanentemente, son irreductibles y, menos aún irrenunciables, son superiores y de ineludible respecto, de manera que operan como segura limitación de la potestad disciplinaria.

Conforme, además señala el profesor Alonso Olea, "el poder disciplinario laboral es hoy casi universalmente, y desde luego en nuestro ordenamiento, un poder subordinado y de primer grado en el sentido de que las decisiones adoptadas en virtud de su ejercicio pueden ser revisadas, normalmente a instancia de parte, ante autoridad distinta, independiente y superior al empresario (17). Ello, pues, constituye un mecanismo externo de control del poder disciplinario empresarial.

Por otro lado, a nivel interno, la labor de control de las relaciones laborales derivadas de los poderes empresariales, cuenta con la participación de la representación colectiva, que puede intervenir tanto en decisiones disciplinarias del empresario como en la elaboración de las medidas de tal carácter. Los convenios colectivos, también en este caso, han hecho parte de su contenido la regulación de normas disciplinarias, complementando los márgenes legalmente previstos.

Dentro de este marco, cabe preguntarse hasta qué punto resulta negociable el poder disciplinario, atendiendo a los fundamentos que le son propios, así como al principio de igualdad, rector de las relaciones laborales. A efectos de la tipificación de la falta laboral, la materia disciplinaria es negociable bajo responsabilidad del empresario, como titular de la función organizativa, sin que ello signifique renuncia de lo que es irrenunciable; por el contrario, precisamente el ejercicio pleno de dicha función le permitirá definir, con la participación de la representación colectiva, las medidas de disciplina.

Ahora bien, la aplicación de tales medidas se encuentran sujetas a la obligatoriedad de una igualdad de trato, lo que implica un ordenamiento de la discrecionalidad del empresario y una limitación de la materia negociable.

- El ejercicio de la potestad disciplinaria con los representantes de los trabajadores

Dentro de los casos que se han configurado como de tratamiento disciplinario singular, están los relativos a los representantes de los trabajadores incluidos los sindicales; la aplicación arbitraria o discriminatoria a ellos de las medidas disciplinarias he merecido una especial atención en cuanto a la naturaleza de la función desempeñada, de manera que alcanzan una cierta inmunidad respecto del ejercicio disciplinario empresarial, en el sentido - que su aplicación está sujeta a determinadas garantías antidiscriminatorias, pero no así exentos de ella.

No cabe concebir tales situaciones como de privilegio, - lo que importaría discriminación respecto de los demás trabajadores, más bien como tratamiento especial justificado en la necesidad de proteger bienes mayores, como el libre ejercicio de derechos fundamentales de asociación y actividad sindical, expresados en la elección de determinados trabajadores para cargos de representación, cuyo ejercicio importe "riesgo", en cuanto que al tutelar los intereses de los trabajadores y de su organización, función de cierto carácter público, enfrentan los intereses del empresario y controlan sus decisiones.

Estas consideraciones están apoyadas por la doctrina desarrollada sobre derechos fundamentales; en cuanto tales casos - concentran derechos sobre representación colectiva y libertad sindical, han justificado tratamiento legal específico dirigido a garantizar la aplicación de las medidas disciplinarias ajenas a motivaciones discriminatorias por razones del ejercicio de tales derechos fundamentales.

El ejercicio de la potestad disciplinaria en forma discriminatoria antisindical, ha sido y es de vital preocupación e interés de la Organización Internacional del Trabajo, como de los gobiernos consecuentes con sus ratificaciones de los convenios 87 y 98 OIT, en cuanto propugnadores de la libertad sindical y defensores de los derechos inherentes a ella.

La realidad práctica ha demostrado que el ejercicio del poder disciplinario puede constituir un medio frecuente de violación de los derechos fundamentales de referencia; de manera que la atención para su protección se avocó a establecer medidas de garantía, en particular, para los representantes sindicales y de más representantes legales de los trabajadores; aspectos que son objeto del siguiente capítulo pero se plantean desde ya como desviaciones del poder disciplinario empresarial.

Ahora sólo se agrega que la discriminación antisindical en ejercicio de la potestad disciplinaria, ha estado especialmente dirigida a los trabajadores citados, pero -obviamente- aquella puede darse sobre cualquier trabajador; su protección se encuentra dentro del marco general de la regla prohibitiva de discriminación, no sólo a efectos sindicales, sino cualquiera fuere la causa, de las legalmente previstas, según lo tiene consagrado el principio de igualdad recogido en los textos internacionales y ordenamientos jurídicos comentados en el capítulo I.

### 1.3.3- La sanción disciplinaria.

En un intento de definición jurídica, se caracteriza la sanción "como aquella medida del empleador dirigida al mantenimiento del orden productivo en la empresa que, mediante previa tipificación de una norma laboral, supone una disminución punitiva de algún bien jurídico del trabajador individual en cuestión". (18).

El presupuesto de la sanción disciplinaria es la falta laboral, entendida como la conducta contraria al orden laboral. Las sanciones laborales se encuentran sujetas, además de a la legalidad vigente, al grado de gravedad de la falta; dentro del margen que esto supone, en lo que incide - particularmente - la naturaleza de las prestaciones dadas, están catalogadas como leves, graves y muy graves, usualmente previstas, en tal forma, en las reglamentaciones legales y empresariales.

Obviamente, las faltas pueden ser de múltiple variedad, de ahí que el profesro Alonso Olea señale que: las sanciones son de uniformidad mucho mayor que las faltas, (19).

No es posible pensar en una especie de codificación de faltas laborales; la riqueza y múltiples posibilidades de la realidad impiden una tarea así, lo que además comprometería la eficacia del objetivo primordial de ordenamiento y disciplina de la actividad y conducta laboral.

#### - Alcances -

La gravedad de las sanciones laborales, oscila desde la advertencia, como una de las formas más leves, hasta el despido, que si bien es la más grave, es una posibilidad que, resalta el profesor Alonso Olea, no sólo responde a una expresión de poder disciplinario, sino también a un posible efecto propio de las -- obligaciones recíprocas, fundamento del contrato de trabajo (18), con lo cual el despido no resulta la opción más caracterizante - del poder disciplinario como lo pueden ser otras medidas.

Dado que el despido es la forma extrema de sanción, la existencia de sanciones menores a ésta, como la suspensión disciplinaria en el trabajo, con el consecuente efecto suspensivo de la remuneración resulta coherente, al igual que otras medidas de próxima gravedad, inferiores a la del despido.

## 2.- En el régimen jurídico de España.

### 2.1.-En las disposiciones constitucionales-

La Constitución, Título I, Capítulo Segundo, Sección 2da. - De los derechos y deberes de los ciudadanos-, en su artículo 38, establece:

"Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación".

Los hechos y opiniones coinciden en que este precepto, en su proyecto, fue objeto de gran debate y presión política; - el resultado que ello ofrece es la de un enunciado amplio, abierto y un tanto ambiguo; no obstante, eso mismo, lo hace flexible ante las inevitables y diferentes influencias políticas a que es tá sujeto.

La trascendencia del citado precepto fundamentalmente radica en que su contenido lleva implícito, según resalta Alzaga O., la constitución económica del Estado y "la índole de las relaciones que el Estado debe mantener con el mundo de la economía y el ámbito de libertad y metas que se plantean para los componentes de la estructura económica del país".(20).

El precepto constitucional traduce una concepción económica que supone, en primera instancia, la libertad de empresa, esto es, la libre iniciativa en la actividad económica en cualesquiera de sus opciones. Por su ubicación sistemática está incluido en los alcances del artículo 53.1, de manera que, este derecho vincula a todos los poderes públicos; señala, además, dicho artículo: "...sólo por ley, que, en todo caso, deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tal(es) derecho(s)... que se tutelará(n) de acuerdo con lo previsto en el artículo 161,1.a)"; este último precepto, versa sobre el recurso de inconstitucionalidad.

El texto en comentario presenta el concepto de libertad de empresa estrechamente vinculado al de economía de mercado, del que precisamente surge parte de la referida ambigüedad; ambos con

ceptos completan, sin embargo, la definición de sistema económico a que se acoge la Constitución. Incide Garrido Falla en que la economía de mercado es concepto de "difícil catalogación jurídica", que ha estado ausente del constitucionalismo o que no ha necesitado este respaldo por que se ha impuesto en la realidad económica, esto sería como resultado de las libertades y derechos que tradicionalmente si han sido objeto de reconocimiento constitucional: "...la llamada economía de mercado es algo - que se infiere del respaldo constitucional de todos sus presupuestos, más que algo que precise de consagración expresa al máximo rango ..."(21).

Tal "novedad", en todo caso, es prueba de los encontrados intereses y presión de la que fue objeto la elaboración del precepto. De otro lado, aún cuando el concepto de economía de mercado no es autónomo, puede entenderse que trata del "orden económico en el que los individuos de una sociedad planifican y deciden sus actuaciones de forma descentralizada y, en segundo lugar, aseguran el funcionamiento adecuado del mercado con sus libertades individuales y el control del poder económico y establecen una justicia social dirigida a garantizar a los individuos y, en particular, a los sectores más débiles la disposición de bienes y servicios vitales". (22).

Dentro de dicho contexto, la iniciativa privada se garantiza en sus diversas expresiones, dentro de las que cabe incluir el contexto laboral que nos ocupa en cuanto a los poderes empresariales organizativos.

A continuación, se explicita la intervención de los poderes públicos, agregándose a su rol protector del derecho en cuestión, la "defensa de la productividad", enlazándola con notas que terminan por completar las interrogantes sobre el real contenido de los primeros conceptos; agrega, pues, las "exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación".



Estas últimas nociones son regulaciones o limitaciones posibles a que estaría condicionada la libertad de empresa; éste, conforme resalta Garrido Falla, no es un derecho absoluto y debe "atenuarse" con las referidas exigencias, las que comprende "un amplio abanico de políticas económicas..."(23). Morisi señala que: "La función reguladora estatal se compone de poderes amplios, - bien de tipo tradicional (...distribución de rentas mediante impuestos, ...planificación del gasto público), bien de inspiración más reciente (coordinación y planificación, delimitación de actividades privadas)..." Agrega, de otro lado, "la tutela de la actividad privada no se identifica con una limitación de las áreas de intervención pública, sino más bien con una limitación de las modalidades en que la misma puede expresarse". (24).

Aún cuando el precepto constitucional admita una serie de matices, es preciso que lo esencial de aquel se advierta como inmodificable; de manera que, la iniciativa privada ha de contar con la opción de autodeterminación, a cuyo efecto, y en base al reconocimiento constitucional, con poderes organizativos que posibiliten su realización. En cuanto dicha opción se desvirtue, al punto de desnaturalizar el derecho consagrado, sustituyendo la libre iniciativa por la planificación, obviamente se habrá trastocado lo esencial del precepto. En tal sentido, el artículo 53.1, asegura el respeto legislativo al "contenido esencial", lo que "constituye un dique insalvable para la iniciativa del legislador y un objeto inmediato de la tutela constitucional".(25).

La nota agregada en el artículo 38 sobre la productividad, en efecto, no pasa de ser una "directriz" o pauta económica (26). Si bien en todo el texto de aquel se conjugan aspectos - que atentan, por su diversidad, a su pureza jurídica, su cometido está logrado en una fórmula que, al margen de las diversas - consideraciones que puede merecer, constituye el sustento fundamental de la concepción plasmada en la normativa laboral del ET y, más concretamente, de los poderes empresariales en las relaciones de trabajo, que dicha ley tiene previstas; "...en una sociedad de tipo pluralista, sólo cabe una economía en libertad -

que garantice los derechos individuales".(27).

## 2.2.- Disposiciones Legales. El Estatuto de los Trabajadores.

### 2.2.1.- Reglas Generales-

La ley Nº 8 de 10 de Mayo de 1.980 - del Estatuto de los trabajadores, en su capítulo primero, de las Disposiciones Generales al definir su ámbito de aplicación, sección primera, en el artículo 1.1, se refiere a los trabajadores, "...que voluntariamente presten sus servicios por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario".

Tales premisas no sólo cumplen con encuadrar las relaciones laborales que son objeto de normativa del ET, sino con determinar que la función organizativa y directiva de las prestaciones de servicio corresponden al empleador. Dentro de los elementos del contrato de trabajo, el que concierne a la "dependencia" que tal relación jurídica implica, queda traducido en las potestades empresariales de organización y dirección, y en el implícito y consecuente sometimiento a ellas por parte del trabajador. Asimismo, el precepto estatutario exige, diferenciando otras formas de trabajo, que se trata del de por cuenta ajena, esto es, a riesgo de aquel por cuya cuenta se trabaja.

En el punto 5 del mismo artículo, se define el centro de trabajo como:"...la unidad productiva de trabajo con organización específica..."; esto es, en primer lugar, el ámbito donde se ejercen las potestades empresariales antes referidas, así como la indispensable condición, a efecto de la configuración de centro laboral, de una organización; ésta, pues, es inherente a la noción de aquel, su nacimiento y vida es posible en -- cuanto se materializan los poderes de organización y dirección. Explicitando libertad en las modalidades, escrita o verbal, del contrato de trabajo, el artículo 8.1 ET establece la presunción de su existencia; "... entre todo el que presta un servicio por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución de aquel".

Con ello, el elemento esencial que nos ocupa, dentro de la relación jurídica de un contrato de trabajo, queda expresado a través de las funciones organizativa y directiva del empresario como presunciones fundamentales de la existencia de aquél.

Siguiendo las normas estatutarias sobre el presente tema, vemos, en el mismo capítulo, sección segunda - de los derechos y deberes laborales básicos -, que el artículo 4, relativo a los derechos de tal carácter, delinea, en su punto 2, márgenes al ejercicio de las potestades de organización y dirección; así, dentro de los enunciados que contiene, el inciso b) establece - el derecho: "A la formación profesional en el trabajo", lo cual, conforme se verá en adelante, constituye una limitación para dichas potestades.

Seguidamente, el inciso c) prevé una norma de singular trascendencia cuyo sustento se remite al artículo 14 de la Constitución, sobre el principio de igualdad ante la ley; tal es la prohibición de discriminación en el empleo por razones de sexo, estado civil, edad, afiliación o no sindical, etc. Este precepto configura una limitación al ejercicio del poder empresarial directivo, de manera que las disposiciones, normas y ordenamiento general de las relaciones laborales derivados de aquel, se encuentran sujetos al principio de igualdad de trato de los trabajadores.

Es para nuestros efectos esencial, el artículo 17.1 ET dentro de la sección de los derechos y deberes derivados del - contrato de trabajo del capítulo III -, aquél preceptua la nulidad de los actos discriminatorios, sean éstos contenidos reglamentarios, convenios colectivos, pactos individuales, decisiones unilaterales empresariales favorables o desfavorables, que tenga como causa cualquiera de las listadas como discriminatorias en los citados artículos, y comentadas en su totalidad en el capítulo I. La disposición es terminante en cuanto establece que: "Se entenderán nulos y sin efectos..." tales - actos discriminatorios, esto es nulidad radical, generando para la parte afectada la restitución de derechos.

El contenido de ambos preceptos, arts. 4.2 c) y 17 ET, se ha visto, se sustenta en el principio universal de igualdad cuya categoría jurídica es la de derecho fundamental por disposición constitucional, de ahí la radicalidad tanto en la prohibición discriminatoria como en los efectos consecuentes en caso de incumplimiento. Los alcances de dichos efectos y su justificación, radica tanto en el valor constitucional de igualdad como en el valor superior de la dignidad de la persona, - que es a la vez, sustento de aquél; ambos son fundamento axio-lógico de las relaciones laborales, y por ende, constituyen limitaciones de la discrecionalidad empresarial en el ejercicio de sus potestades a efecto de la organización y dirección de la empresa.

El artículo 5 - de los deberes laborales - contrapunto del anterior, enumera genéricamente los deberes básicos del trabajador; cada uno de sus preceptos contiene implícitamente nota de sometimiento a que aquel está obligado respecto de sus prestaciones y conducta laboral. Así, el inciso a) dispone: "Cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de buena fe y diligencia". Tal regla corresponde a la general de los contratos, artículo 1258 del Código Civil. Se trata de una norma de carácter abstracto, de contenido ético-moral, esencialmente. Su traducción dentro del contexto jurídico en el que, en este caso, es ubicado ha venido siendo puntualizada, fundamentalmente, por la jurisprudencia, y reproducida su mención, directa o indirectamente por diversas - normas del ET, por lo que será objeto de mayor comentario más adelante. El deber de diligencia complementa la nota anterior; su sustento remite, igualmente a las reglas que rigen el cumplimiento de las obligaciones, así como a los criterios generales de eficacia con que son exigibles en ejercicio de los derechos - artículo 7.1 del Código Civil; su ubicación sistemática lo - cataloga como deber básico del trabajador y, consecuentemente, como derecho del mismo carácter del empresario; se reproduce - en otros artículos del ET, por lo que también se deja un mayor comentario para su oportunidad.

El inciso c) explicita el deber de "Cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas". Este precepto es más específico - en cuanto puntualiza obligación y derecho esenciales del trabajador y empresario, respectivamente, a que se refiere el artículo 1.1. ET; configura aspectos concretos del elemento fundamental de dependencia jurídica inherente al contrato de trabajo, expresado en otros términos por el ET, asimilando la influencia de la nueva doctrina al respecto.

- Reglas complementarias -

Dentro de los deberes empresariales derivados del poder directivo, se encuentra implícito o como "consecuencia lógica", el de protección (Alonso Olea); el ejercicio de aquél - ha de suponer el cuidado de la integridad del trabajador como ejecutor de las directivas u órdenes a cumplir en el desempeño de sus prestaciones.

De tales premisas, digamos de carácter laboral, derivan diversas responsabilidades; en primera instancia, las del empresario: 1) frente al Estado, en forma general, por la violación de disposiciones legales o convencionales en el ejercicio de su actividad; 2) frente a los trabajadores, por el incumplimiento de su contraprestación y deberes u obligaciones - derivadas, cuyos efectos quedan sujetos a las regulaciones legales previstas en sus diversas posibilidades; 3) frente a terceros, respecto de lo cual interesa, en este caso, resaltar, - la responsabilidad derivada de los actos de sus dependientes.

Tal último supuesto lleva al empresario a responder por los daños ocasionados por sus dependientes, a terceros, en cumplimiento de sus funciones; la concepción que sustenta tal responsabilidad tiende a ser objetiva; al respecto el Código Civil dispone, en su artículo 1903, que el empresario para exonerarse de responsabilidad ha de acreditar haber actuado con -

"toda la diligencia de un buen padre de familia para evitar el daño".

A tales efectos, la responsabilidad del trabajador respecto del tercero, puede ser contractual o extracontractual, - supuesto último que sí exige la nota de culpa o negligencia -- artículo 1902 del Código Civil -. Sin embargo, la del empresario, en todo caso, tiende a objetivizarse. La jurisprudencia ha contribuido significativamente a objetivar la responsabilidad del empresario en el caso en comentario, al exigirle, en - grado sumo, la demostración del cumplimiento del deber de diligencia en el ejercicio de su poder directivo; dicha responsabilidad, además, es directa respecto de los terceros. De otro - lado, la responsabilidad del empresario alcanza, con carácter civil subsidiario, la generada por conducta y responsabilidad criminal del trabajador en el desempeño de sus servicios - Código Penal Arts. 19, 21, y 22.

#### 2.2.2.- Las potestades empresariales en la actividad laboral.

Dentro de la sección segunda, el artículo 20, denominado de la "Dirección y control de la actividad laboral", desglosa para su tratamiento la potestad directiva en diferentes aspectos y enfoques; en su punto 1 resalta como deber del trabajador la obligación de "realizar el trabajo convenido bajo - la dirección del empresario o persona en quien éste delegue"; especifica pues los sujetos, activo y pasivo, del poder directivo, y reitera la titularidad de aquel corresponde al empresario.

El punto 2 del citado artículo, establece la forma en que debe cumplirse el trabajo, como obligación derivada del contrato de trabajo; señala en principio, dos condiciones: diligencia y colaboración; reglas que guardan concordancia con el deber básico previsto en el referido artículo 5a)ET. La obligación de diligencia a que está sujeta la prestación de servicios

está dirigida al logro de la debida eficiencia, a cuyo efecto - la obediencia de las órdenes y directivas del empresario demandan un cumplimiento inteligente y esforzado por parte del trabajador; esto es, conforme explica el profesor Alonso Olea, el modo en que debe realizarse la prestación, en lo que el deber de diligencia se traduce en a la "intensidad o rendimiento" en el trabajo, en orden a la naturaleza de la obligación, y cuya evaluación o cuantificación tomaría como referencia aproximativa, la jornada; "en cuanto trabajo prestado durante cierto tiempo", y, la remuneración, referencia más relativa y específica que la anterior, aplicable - en particular - al trabajo a destajo. (28).

La falta de diligencia está prevista en el ET como incumplimiento del contrato de trabajo por parte del trabajador, presupuesto sobre el cual contempla graduales sanciones disciplinarias cuya concreción corresponde a los poderes empresariales de reglamentación y disciplina. En tal contexto, menciona el último inciso, las fuentes de las que pueden emanar concreciones del deber de diligencia y colaboración: las disposiciones legales, los convenios colectivos, las órdenes o instrucciones del empresario y, en defecto de éstas, los usos y costumbres; éstos últimos, se ha indicado, se interpretan como los locales y profesionales en concordancia con el artículo 3-1ºd) ET. Tal puntualización además de viabilizar la aplicación del poder directivo, de otro lado, se constituyen en una forma de garantía para el trabajador, en tanto impiden la invocación improvisada y arbitraria de negligencia y falta de colaboración, así como interpretaciones ambiguas de su comportamiento laboral.

Finalmente, el precepto en comentario alude a la regla de buena fe como obligación recíproca entre trabajador y empresario, propia, según se ha indicado, de la regla general de los contratos, artículo 1258 del Código Civil; guarda estricta concordancia con el deber básico del artículo 5a) ET.

En el punto 3, el artículo 20 legitima la potestad directiva en el sentido que: "El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales..."; con ello, en principio, el establecimiento de las normas e instrucciones empresariales para la consecución de las prestaciones de trabajo queda a su discrecionalidad, dentro de los márgenes legales vigentes, en orden a su condición de acreedor y responsable de los riesgos y resultados finales de la actividad laboral.

Tal precepto, además, establece que en el ejercicio de dichas potestades se ha de guardar la consideración debida a la dignidad humana del trabajador y tener en cuenta la capacidad real de los disminuidos. El primer supuesto actúa como un límite constante de la discrecionalidad empresarial, cuya importancia y trascendencia justifica no sólo su explícita sino su máxima concreción, ya que en él encuentran su sustento muchas de las reglas que regulan el poder directivo y numerosos aspectos de las relaciones laborales. Por ello, es preciso una mayor concreción de las implicancias del valor de la dignidad humana en las relaciones de trabajo; tarea que queda en manos de las diversas fuentes normativas. El segundo supuesto, puede decirse de carácter extraordinario, exige un tratamiento idóneo a la condición singular, por disminuida, del trabajador; tal precepto es una expresión del principio de igualdad en trato que, ante premisas distintas a las ordinarias (condición normal del trabajador) dispone la previsión empresarial de un tratamiento adecuado a la naturaleza de la distinción y a la consecuente capacidad del trabajador disminuido.

El punto 4 del artículo 20 puntualiza el derecho del empresario de constatar el supuesto de enfermedad o accidente del trabajador a efecto de la respectiva justificación de inasistencia al trabajo; la negativa de aquel al reconocimiento médico, autoriza la suspensión de los derechos económicos para dichas situaciones;



de otro lado, quedando las inasistencias al trabajo como injustificadas, se posibilita la configuración de incumplimiento contractual que puede dar lugar al despido.

La Sección Tercera - Capítulo II, Título I - ET sobre Promoción en el Trabajo, ha de interpretarse vinculada también al precepto constitucional del artículo 35.1, relativo al derecho al trabajo, en cuanto se refiere, como derivado de éste, a la "promoción a través del trabajo". Conforme señala Rodríguez Piñero: - "la doctrina más reciente extrae tanto de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad como del propio derecho al trabajo la idea de que la plena realización de la personalidad del trabajador presupone el más amplio desarrollo de sus posibilidades profesionales...; esto supone entender la tutela de la profesionalidad en un sentido dinámico..." (29).

El artículo 22 ET, de la promoción y formación profesional en el trabajo, es expresión de la obligatoria tutela de la profesionalidad del trabajador por el empresario, lo cual traduce, indirectamente, un límite a su potestad organizativa. En tal sentido, el precepto establece concretos derechos para el trabajador, como los relativos a los permisos ("...para concurrir a exámenes..."), preferencia en la elección de turnos de trabajo ("si tal es el régimen...") cuando curse estudios para la obtención de título académico o profesional -inciso a)-, así como el de adaptación de la jornada ordinaria de trabajo o permisos prolongados con reserva del puesto de trabajo -inciso b)-.

Cabe resaltar que estas normas no establecen que tales permisos, para la formación y capacitación del trabajador, sean retribuidos en modo alguno, con lo cual puede interpretarse relativa la tutela del empresario máxime cuando se advierte, punto 2, que se delega a la vía del convenio colectivo otras concreciones para el ejercicio de los referidos derechos.

El artículo 23 ET, sobre trabajos de superior e inferior categoría punto 1, se refiere al derecho a la adecuada clasificación profesional (cuando el trabajador realice funciones de categoría superior durante seis meses en un año u ocho durante dos años), y ante la improcedencia (legal o convencional) del ascenso, se explicita el derecho a la diferencia retributiva entre la categoría asignada y la función que efectivamente realice - punto 3.

Finalmente, el precepto en comentario prevé el supuesto del desempeño de tareas de categoría inferior, marcando, en primer lugar, el carácter extraordinario ("si por necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva...") de aquel, así como las limitaciones y condiciones en el que puede proceder (por el tiempo imprescindible..., mantenimiento de retribución a los representantes legales de los trabajadores). Esta norma prioriza la protección al patrimonio profesional del trabajador y de derechos consecuentes frente a los intereses productivos y organizativos de la empresa, estableciendo un límite al poder directivo del empresario.

El artículo 24 ET sobre ascensos señala como factores reguladores para tales supuestos, los siguientes: formación, méritos, antigüedad y facultades organizativas del empresario; los tres primeros son indicadores que están sujetos al esquema organizativo existente, a la disponibilidad de vacante, así como a criterios de evaluación, que se entienden, en principio, dentro de las citadas facultades empresariales, o sujetas a lo establecido por convenio colectivo, según puntualiza el precepto en su parte final. En el punto 2, en términos aún más generales, se refiere a la no discriminación por razón de sexo en la determinación de categorías profesionales y ascensos, que resulta reiterativa en razón de las reglas generales antidiscriminarias contenidas en el ET, que rigen como límite permanente del alcance del poder organizativo empresarial.

El artículo 25 ET denominado de la promoción económica, punto 1, en realidad no establece regla específica respecto pues se limita a señalar que aquella se regula por los convenios colectivos o contratos individuales, con lo cual no ofrece protección concreta en tal materia. Es más, en su punto 2 se ocupa de establecer límites en la acumulación de incrementos por antigüedad. Esto no deja de parecer incoherente al equilibrio que, se presume, el ET pretende conseguir en su misión de conjugar el derecho de promoción a través del trabajo con los intereses organizativos empresariales; de ahí también que el punto 3 haya tenido que señalar, por lo menos, que lo referido rige "sin perjuicio de los derechos adquiridos o en trance de adquisición en el tramo temporal correspondiente".

### 2.2.3.- Potestades y necesidades organizativas empresariales.

#### A) En caso de movilidad funcional. Presupuestos. Limitaciones.

El Capítulo III, titulado de la Modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo, en su Sección Primera de la Movilidad Funcional y Geográfica -, se inicia con el artículo 39 que atiende el penúltimo supuesto mencionado, bajo la misma denominación, con el texto siguiente:

"La movilidad funcional en el seno de la empresa, que se efectuará sin perjuicio de los derechos económicos y profesionales del trabajador, no tendrán otras limitaciones que las exigidas por las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y la pertenencia al grupo profesional. Se entenderá por grupo profesional el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación".

Este precepto legitima la movilidad funcional del trabajador como una expresión concreta de la potestad directiva em-

presarial. Antes de entrar en las traducciones y alcances de esta norma, conviene intentar una previa definición de los conceptos que comprende.

- Movilidad funcional-

Ha de entenderse, en términos generales, el cambio a funciones distintas a las habituales, aquella puede ser entendida - también por extensión, como el cambio de trabajo dentro del mismo puesto, dado que es una posibilidad que el ET incluye en tal supuesto. (30).

- Seno de la empresa-

Se entiende, en principio, el lugar (o centro) de trabajo; en sentido más amplio, comprende los centros de trabajo ubicados en una misma localidad (la noción hay que entenderla dentro del contexto legal en que se encuentra; su alcance se esclarece con el art. 40 ET, a tratarse posteriormente, que regula la movilidad que implica cambio de residencia).

- Derechos económicos y profesionales del trabajador-

Los primeros, comprenderían las percepciones salariales, esto es, tanto el salario base como los complementos salariales - consolidables, e incluso, según apunta Sala Franco, las extrasalariales ("partidas económicas percibidas por el trabajador que no retribuyen el trabajo o periodos de trabajo computables como de - trabajo..."); genéricamente se entienden, como derechos derivados de la función desempeñada. (31).

Sobre los derechos profesionales, las fuentes legales - ofrecen un amplio margen de definición; así, el ET -artículo 4.2- delimita el marco de éstos dentro del que resulta de directa vinculación al derecho de promoción y formación profesional, en este

caso, operan complementariamente los derechos de no discriminación, protección a la integridad física del trabajador seguridad e higiene como política en el trabajo, respecto a la intimidad - del trabajador y a su dignidad humana, esto es, a su integridad moral; en tal marco, se incluye el derecho de ascenso - artículo 24 ET - como una forma de promoción el trabajo.

- Titulaciones académicas o profesionales -

En la doctrina se han referido a éstos como "certificaciones expedidas por la autoridad competente para hacer constar que sus poseedores han demostrado estar capacitados para realizar los cometidos inherentes a los mismos". (32).

La amplitud de la expresión permitiría comprender a las correspondientes credenciales de capacitación que constituyen - presupuesto legal para el ejercicio de ciertas actividades.

- Grupo profesional -

Atendiendo a la definición formulada por el propio artículo, sólo cabe resaltar, en este caso, su diferencia con el concepto próximo de categoría profesional; ésta es, según lo señala el profesor Alonso Olea, el "objeto cierto que el artículo 1261 del Código Civil exige para que haya contrato..." (33); agrega, - que es siempre convencional de ahí que, en principio, sólo puede ser variada de igual modo. Normalmente la categoría profesional es determinada en orden a la capacidad y aptitudes del trabajador, lo cual responde al carácter personal del contrato de trabajo, y posibilita la clasificación profesional cuya nota distintiva es la de estar referida a un determinado colectivo mientras que la cualificación es personal. (34). Agrega el autor, "salvo pacto inicial expreso de precisión absoluta, el empresario corresponde la especificación de las prestaciones que le son debidas dentro del margen que la cualificación posibilita..." (35). Por disposici

ción del artículo 16.4 ET, la clasificación profesional se realizará por acuerdo entre el trabajador y el empresario, con sumisión y en los términos de los convenios colectivos, o de las normas reglamentarias laborales.

La movilidad funcional a que se refiere el artículo 39 responde a las necesidades e intereses organizativos del proceso productivo, con atención a la protección de los intereses profesionales del trabajador, se trata del ius variandi empresarial...

El cambio a funciones distintas a las habitualmente desempeñadas, esto es, la movilidad funcional se diferencia de la modificación de funciones en tanto esta última es un cambio (tecnológico) que se aplica sobre las funciones mismas; no obstante, ambos pueden coincidir en la práctica.

La movilidad funcional prevista en el presente artículo, se ejercita en uso del poder empresarial del ius variandi es, - pues, unilateral, ajena al supuesto de mutuo acuerdo; en tal sentido, el empresario puede disponer cambios dentro del contexto de este caso pueden ser temporales o permanentes, a diferencia - del caso previsto en el artículo 23.4 ET en que por necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva el empresario puede destinar al trabajador a tarea de categoría inferior por el tiempo imprescindible.

Sobre el particular se ha intentado diferenciar un caso de otro, asimilando el primero (art.39) al de movilidad horizontal, que tiene por límite el grupo profesional, y, el segundo -- (art. 23.4) al de movimiento vertical, tanto ascendente (a categoría superior, cuyo límite es sólo el de grupo profesional), como descendente (a categoría inferior, que, de un lado, tiene límites causales y, de otro, el límite, la categoría profesional) (36).

En cuanto a las causas denominadas "últimas" de la movilidad funcional se ha citado la división del trabajo y el carácter continuado del contrato de trabajo, cuya contraparte, señala Sala Franco, está sujeta a la regla entre otras, del artículo 1256 del Código Civil, por la que "...el cumplimiento de los contratos no puede (n) dejarse el arbitrio de uno de los contratantes"; de manera que, indica el autor, "el trabajador está interesado en una concreción máxima de su prestación haboral que impida su utilización indiscriminada por el empresario en base a su poder de dirección, defendiendo así, fundamentalmente, sus derechos a una cualificación y a una carrera profesionales". (37).

La decisión de movilidad del art. 39 ET, no exige señalar causa o motivos, aunque estos no pueden ser discriminatorios; los límites o condiciones, en todo caso, se derivan los principios que informan el contrato de trabajo, y de las concretas reglas sobre derechos básicos del trabajador estipuladas por las disposiciones legales; consecuentemente, la aplicación de aquella es inmediata, directa, es decir no requiere de autorización previa, ni así tampoco de control por parte de los trabajadores, a través de sus representantes. No obstante, obviamente, la movilidad funcional como expresión de la facultad organizativa, según lo establece la jurisprudencia, no es absoluta; se puntualiza, en principio, está sujeta a la regla de buena fe, propia de los contratos y prevista expresamente en el artículo 20, ET, así como al principio de igualdad a que se refiere la Constitución en su artículo 14, sustento de los artículos 4.2c y 17.1 ET.

Además, la discrecionalidad empresarial en este caso está sujeta al respeto de los derechos económicos y profesionales del trabajador; respecto de los primeros y en atención a la definición propuesta inicialmente, tal sujeción implicaría respeto del mínimo económico constituido por las precepciones salariales consolidables y personales (no las asignadas al cargo o puesto); advierte Sala Franco que, dada la complejidad de algunos sistemas -

retributivos, la categoría profesional "no es suficiente baluarte defensivo de los derechos económicos" (38). Los derechos profesionales exigirían, por su parte una evaluación de las funciones desempeñadas habitualmente y las nuevas asignadas, de manera que ambas guarden equivalencia; tal premisa, además, está vinculada a la concurrencia de los derechos básicos del trabajador -- previstos en el art. 4.2 ET, como factores permanentes que también han de guardar la respectiva equivalencia entre las funciones sobre las que se aplica la movilidad funcional. Este criterio es igualmente útil para determinar en el caso de ascenso, artículo 24 ET, las debidas "constantes" en los insustituibles derechos, como las respectivas mejoras.

Existe, además, por mención expresa del artículo 39 ET, un límite específico cual es el grupo profesional, dentro del -- que las titulaciones académicas constituyen la referencia más -- objetiva de los conceptos que aquel comprende, aunque quizá sólo para una minoría de los trabajadores. A todo esto, se señala como límites genéricos de la movilidad funcional las condiciones sustanciales, del contrato de trabajo, caso que es objeto -- de comentario seguidamente; así, son las condiciones complementarias o accesorias las que están dentro del ius variandi legal.

B). En caso de movilidad geográfica. Clases. Requisitos. Límites Efectos.

El artículo 40 ET sobre movilidad geográfica comprende diversos supuestos; la transcripción de su texto será paulatina, en orden al desarrollo de su comentario.

En su punto 1 regula el caso de los traslados de puesto a otro centro de trabajo que implique cambio de residencia; en -- tal sentido, el ejercicio del poder directivo empresarial está -- condicionado a los requisitos concurrentes siguientes: 1) la existencia de razones técnicas, organizativas o productivas justificatorias ; y, 2) a la autorización previo expediente administrativo.



Dicha limitación no rige respecto de los contratados específicamente para trabajos móviles o itinerantes.

El traslado a que se refiere este precepto significa - cambio a un lugar distinto del habitual, por tiempo indefinido; de otro lado, se trata de una decisión cuya validez está sujeta a los mencionados requisitos; en esencia, es unilateral y, después de autorizada es, en principio, forzosa. El traslado de - que se trata puede ser individual o colectivo; tiene carácter - excepcional, tanto como las razones (técnicas, productivas, etc) que lo justifican.

Las alternativas consecuentes al punto 1 son las siguientes:

1) Denegatoria de autorización, en cuyo caso debe de - haber sometimiento del empresario con el consecuente desistimiento de su iniciativa; el incumplimiento genera la imposición de - las sanciones respectivas por la autoridad.

2) La concesión de autorización de traslado, supuesto - de que trata el punto 2 del artículo en comentario; contempla dos posibilidades a favor del trabajador afectado, dice la ley: "tendrá derecho a optar": a) Continuar con el contrato de trabajo -- aceptando el traslado con derecho al pago de una compensación -- por gastos; b) Extinguir el contrato de trabajo, con las alternativas siguientes: b1) sin impugnar la decisión empresarial, en - cuyo caso corresponde el pago de una indemnización equivalente - a 20 días de remuneración por año de servicios, prorrateándose - los períodos inferiores a un año, con el máximo de 12 mensualidades; b2) impugnar la decisión empresarial y respectiva autorización acreditando que ella afecta la formación profesional o dignidad personal (del trabajador), presupuestos directa y expresamente previstos en la ley; la indemnización, en el supuesto fundado, es de 45 días de remuneración por año de servicio, prorrateándose los períodos inferiores a un año, hasta 45 mensualidades, es decir, lo correspondiente al caso de despido improceden-

te. (Aunque es difícil este supuesto si el traslado se autoriza).

A tales efectos habría que sumar la posibilidad de que la decisión empresarial sea discriminatoria, cuya sanción por el artículo 17.1 ET, en principio, es la de nulidad, pero en el supuesto que el trabajador optara por la terminación del contrato de trabajo habría que estimarse procedente el pago de la última indemnización mencionada, esto es, la máxima prevista por el ET; los presupuestos y matices de esta alternativa, como sus alcances, serán objeto de comentario en el capítulo siguiente.

Este precepto contiene dos notas adicionales: 1) que los gastos a compensarse comprende los propios del trabajador - como los de los familiares a su cargo; y, 2) que el plazo de incorporación al nuevo puesto no será inferior a 30 días.

Una cuestión implícita en el caso comentado es que la carga de la prueba corresponde, en principio, al empresario; salvo que su decisión sea impugnada de vejatoria o discriminatoria.

El punto 3 del artículo 40 ET contempla el ejercicio - de la potestad directiva empresarial para el cambio de centro - de trabajo en forma temporal a población distinta de la habitual, bajo la denominación de desplazamiento. A diferencia de los traslados, los desplazamientos están dentro de la plena potestad empresarial y su ejercicio está solo sujeto a las condiciones siguientes: 1) la existencia de razones técnicas, organizativas o de producción, o bien por contrataciones referidas a la actividad empresarial; 2) por el término o plazo límite de un año; y, 3) al pago de los gastos de viaje y dietas.

La ejecución de dicha decisión es inmediata; los derechos consecuentes del trabajador en cumplimiento de la decisión empresarial son los siguientes: 1) en caso que el desplazamiento sea superior a tres meses, el "derecho a un mínimo de 4 días

laborales de estancia en su domicilio de origen por cada tres - meses de desplazamiento; más el tiempo de viaje y los gastos de éste; 2) oposición o impugnación de la decisión empresarial de desplazamiento, correspondiente, en este caso, la carga de la - prueba al trabajador; hay, pues, una presunción juris tantum a favor del empresario, lo que ante alegaciones de causas o moti- vaciones vejatorias o discriminatorias sugiere una serie de con- sideraciones que pueden comprometer hasta los efectos de una im- pugnación fundada; cuestiones que se vienen anunciando como par- te del siguiente capítulo.

El punto 4 constituye otra regulación o delimitación - de la potestad directiva empresarial; se aplica al supuesto de traslado con cambio de residencia del trabajador cuyo cónyuge tra- baja en la misma empresa; contempla el derecho de traslado de - éste a la misma localidad siempre que haya puesto de trabajo dis- ponible. La potestad empresarial, en este caso, carece de mayor discrecionalidad en tanto se encuentra sujeta a presupuestos ob- jetivos como los referidos.

El punto 5 del artículo 40 ET reconoce a los represen- tantes legales de los trabajadores derecho de prioridad de per- manencia en los puestos de trabajo respecto de las decisiones - empresariales de traslado o desplazamiento en comentario. El - precepto se justifica en razón de los intereses colectivos que aquellos representan. Esta limitación a la potestad empresarial pretende un equilibrio y garantía para los intereses colectivos representados; este derecho se encuentra en la línea de garantías mínimas que exige la actividad de representación.

Las reglas comentadas sobre traslados, según se ha di- cho, se aplican a los individuales y colectivos; si el traslado colectivo se da con motivo de traslado total o parcial del pro- pio centro de trabajo o sus instalaciones, la ejecución de la - decisión empresarial ha de contar con un informe previo del Co- mité de Empresa - artículo 64.1.3 b) ET-; en caso de discrepan-

cia u oposición decide la autoridad laboral. En principio, la decisión de cambio de centro de trabajo o instalaciones corresponde a la potestad directiva empresarial y sólo si ella implica cambio de residencia de los trabajadores, corresponde el previo expediente administrativo, requisito análogo en caso de que dicho cambio suponga además modificación sustancial de las condiciones de trabajo; la referida regulación hace, igualmente, remota la posibilidad discriminatoria.

C) - En caso de modificación de condiciones de trabajo. Requisitos Regulación. Alcances.-

En la concepción asumida por el ordenamiento jurídico-laboral español, el carácter de las modificaciones del contrato de trabajo determina si están sujetas, para su aplicación, a la exclusiva potestad directiva empresarial o si están reguladas legalmente; de manera que, las modificaciones no sustanciales están dentro del ius variandi, y las sustanciales, esto es, que afectan lo esencial de las prestaciones de trabajo, se regulan por el artículo 41 ET.

Dicho precepto está condicionado, en forma análoga al artículo 40 ET, a la probada existencia de razones objetivas, sean técnicas, organizativas, o productivas. El artículo 41 ET regula las modificaciones colectivas las que en principio, se viabilizan por acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores y, en defecto de ello, por autorización de la autoridad laboral previo informe de la Inspección de Trabajo - punto 1 -. El profesor Alonso Olea señala que ello sería un convenio impropio en tanto los representantes de los trabajadores, representan intereses colectivos y no individuales. (39). Esta norma no es aplicable a modificaciones sustanciales del contrato de trabajo - en casos individuales.

El fundamento del alcance del poder directivo empresarial en el caso en comentario, se ha señalado, se encuentra en el reco-

nocimiento constitucional de libertad de empresa como derecho subjetivo del empresario. Tiene, además, según la concepción del ET, carácter extraordinario basado en necesidades excepcionales, objetivas e inherentes a la actividad empresarial, lo que "entronca - con el poder de organización del empresario".(40).

En la línea de la concepción de quien puede lo más, puede lo menos, Rivero Lamas sostiene: "quien tiene reconocida la facultad para extinguir el vínculo obligatorio,...la tiene también para modificarlo" (41): apreciación que ha tenido objeciones doctrinales pero que, sin embargo, coincide con las regulaciones del ET.

El punto 2 del artículo 41 ET enumera las materias que son, "entre otras", sustanciales a las condiciones de trabajo; a saber: "a) jornada de trabajo; b) horario; c) régimen de trabajo a turnos; d) sistema de remuneración; e) sistema de trabajo y rendimiento". Este enunciado tiene carácter de "lista abierta"; - cualquier condición de trabajo, entonces, es susceptible de modificación en razón del poder organizativo y directivo empresarial, se entiende, con arreglo al contexto legal correspondiente en el que se encuentra, fundamentalmente, el artículo que se viene comentando.

Mientras que el artículo 41 ET, por su redacción, estaría dirigido a proteger el derecho de permanencia del trabajador en la localidad de su puesto habitual, limitando el poder empresarial con requisitos administrativos previos, el artículo 41 ET, también por su redacción, se dirige a proteger, en primera instancia, el ejercicio de la potestad empresarial y a regular su ejercicio, luego, con controles alternativos mínimos.

El punto 3 del precepto en comentario establece que, si de la aplicación de los incisos a), b), y c) del citado punto 2, hubiere perjuicio para el trabajador, éste tiene derecho a res-

cindir su contrato de trabajo, en alternativa similar a la opción del artículo 40.1 ET, esto es, con el pago de una indemnización de 20 días de salario por año de servicios, prorrateándose los períodos inferiores a un año con un máximo de 9 mensualidades; -- ello, dentro del mes siguiente a la modificación. Esta norma -- agrega la salvedad: "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 50.1 a), esto es, modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional o menoscabo de su dignidad", lo cual se compensa con la indemnización máxima prevista en el ET, la del despido improcedente -artículos 50.2 y 56.1 a) ET -. Aún cuando no se colige del texto legal, conforme se ha venido señalando, a tales causas vejatorias o arbitrarias habría que sumar las discriminatorias, en principio, con los mismos efectos económicos; lo que se insiste, se tratará posteriormente.

D) - Breve referencia a la suspensión y extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor y causas tecnológicas económicas.

D1). Se ha visto que si bien se parte de la premisa que la actividad empresarial exige poderes organizativos que corresponde ejercer al empresario, aquellos están regulados en sus diversas expresiones; la nota reguladora predominante es, respecto de los casos mencionados, la justificación de ciertas decisiones directivas en razón de objetivas causas de necesidad y conveniencia a la actividad empresarial, de carácter técnico, organizativo o de producción. Dentro de dicha línea está previsto en la - sección tercera del ET, artículo 45 i), la suspensión del contrato de trabajo por "fuerza mayor temporal", previa constatación por la autoridad competente; y seguidamente, en el inciso j), -- "por causas económicas o tecnológicas que impidan la prestación y aceptación del trabajo", lo que también habrá de ser acreditado; ambos se regulan con las normas contenidas en el artículo 51 ET, a excepción de las indemnizaciones que éste señala, las que,

en el presente caso, no proceden.

La suspensión por fuerza mayor temporal conlleva la nota de urgencia, de manera que la decisión empresarial es de ejecución inmediata pero que ha de ser convalidada por la respectiva autoridad. De resultar injustificada la medida de suspensión, por no acreditarse las causas legales invocadas, corresponde la nulidad del acto y la restitución de derechos, sin menoscabo de la indemnización por daños y perjuicios; de resultar aquellas vejatorias o discriminatorias, y decidida la extinción del contrato de trabajo, procedería el pago de la indemnización aplicable en caso de despido improcedente; alternativa reiteradamente sostenida respecto de las decisiones discriminatorias, y delegada para mayor comentario al capítulo siguiente.

El artículo 51.9 ET prevé el derecho de prioridad de -- permanencia de los representantes de los trabajadores, el que rige también como garantía por el artículo 68 b) ET, cuyo fundamento radica nuevamente en el interés colectivo que representan, esto es, en razón de su cargo; este derecho, conforme lo señala el profesor Alonso Olea: "juega no con respecto a todos los trabajadores sino sobre los de su misma categoría y grupo profesional", citando la sentencia del Tribunal Supremo del 27 de Septiembre de 1.979. (42).

D2). Es derecho del empresario, en orden a sus poderes organizativos y en atención a la situación de crisis total o parcial de la empresa, decidir la terminación de la relación de trabajo, esto es, la extinción del contrato que le dio origen, con sujeción a las normas previstas en el artículo 51 ET. Ello, además, constituye una obligación en la gestión empresarial que genera responsabilidades tanto a nivel interno como externo de la empresa.

El citado artículo estatutario prevé la intervención - de los representantes de los trabajadores para control y posible

acuerdo en la referida decisión; en defecto de este último, el - empresario puede solicitar la autorización respectiva con la cons - tatación de los hechos justificatorios. Caso poco frecuente pero posible, es la iniciación del expediente respectivo para el - supuesto en comentario a instancia de los trabajadores; ello e - stá vinculado a otro tema, cual es, la solicitud de declaración - de quiebra. Resalta el profesor Alonso Olea que las causas tec - nológicas y las económicas son prácticamente "indistinguibles", o ambas están en conexión íntima ..." (43).

El artículo 51 ET contempla, asimismo, el supuesto de extinción del contrato de trabajo por causas de fuerza mayor; é - stas se definen como "acontecimiento...de carácter extraordinario" (44), esto es, en el sentido de insuperable, e "imposibilitante" de la prestación, ya se ha mencionado la nota de urgencia que con - lleva, la que justifica la aceleración de los respectivos trámi - tes con la consecuente posible omisión de la intervención de los representantes de los trabajadores; será la autoridad competente la encargada de constatar los hechos de fuerza mayor invocados. Entre ellos, la verificación del carácter temporal de la crisis sólo justificará la suspensión del vínculo laboral, antes visto; caso contrario, procede la ruptura de aquél.

El artículo 51.9 ET establece el derecho de prioridad - de permanencia de los representantes de los trabajadores, vale - decir, delegados de personal y miembros del Comité de la empresa, en la extinción del contrato de trabajo por crisis de la empresa por causas tecnológicas o económicas y de fuerza mayor; la garan - tía se da en razón del cargo y se aplica respecto de los de su - misma categoría y grupo profesional, según se ha señalado antes.

Los derechos económicos consecuentes a los supuestos en comentario son, en principio, los de indemnización equivalente a 20 días de salario por año, prorrateándose los períodos inferiores a un año y con un máximo de 12 mensualidades; según las res -



pectivas justificaciones del grado de crisis, aquella podrá reducirse o incluso exonerarse. En razón del procedimiento legal -- aplicable en los supuestos del presente caso, no caben decisiones arbitrarias, vejatorias o discriminatorias; esta última nota sólo podría atentar respecto del derecho de prioridad de permanencia referido.

El poder organizativo empresarial alcanza la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo por causas objetivas; - el artículo 52 prevé al respecto los supuestos siguiente: a) por ineptitud del trabajador..; b) por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo..; c) por necesidad, acreditada, de amortizar un puesto de trabajo individualizado en empresas con menos de 50 trabajadores..; d) por inasistencias al trabajo aún justificadas que - alcancen, en forma intermitente, "el 20% de las jornadas hábiles de dos meses consecutivos, o 25% en cuatro meses discontinuos - dentro de un período de un año, siempre que el índice de absentismo del total de la plantilla supere el 5% en los mismos períodos de tiempo..." Cumplidos los presupuestos legales, la decisión de terminación de la relación de trabajo queda a total discrecionalidad empresarial.

Más que "acuerdo", según se expresa el ET en su artículo 53, de la forma y efectos de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, los supuestos citados son motivo de "decisión" empresarial, ésta es un acto unilateral que si bien está sujeta presupuestos legales, su concreción depende del empresario. A tales efectos, las limitaciones formales son: a) comunicación escrita al trabajador...; b) pago simultáneo de la indemnización de 20 días de salario por año de servicio prorrateándose los períodos inferiores a un año, hasta un máximo - de 12 mensualidades...; c) concesión de preaviso, cuya duración varía en orden a la antigüedad del trabajador en la empresa.... a excepción de este último, que es sustituible con pago equivalente, el incumplimiento de los demás requisitos genera la nulidad

dad de la decisión extintiva.

#### 2.2.4.-Potestades disciplinarias empresariales. Regulación.

El poder directivo, para su eficacia, exige, conforme lo señala el profesor Alonso Olea, la potestad de sancionar el incumplimiento de las órdenes o instrucciones empresariales; - agrega, que el poder disciplinario del empresario es "correlato" de su poder de dirección (45). En efecto, así se configura en el ET cuando prevé la imposición de sanciones por parte del empresario a la indebida conducta laboral del trabajador.

Expuestas ya las reglas generales a que está sujeto - el poder directivo, el disciplinario se materializa dentro de las mismas limitaciones señaladas anteriormente, vale decir, - las que imponen los principios contractuales y los derechos básicos del trabajador, los que encuentran su sustento en mandatos constitucionales. -Las sanciones aplicadas por el empresario son las previstas, según el artículo 58 ET punto 1, por las disposiciones legales y convenios colectivos, "de acuerdo a la graduación de las faltas..."; establece, de otro lado, el requisito de la comunicación escrita en caso de imposición de sanciones graves o muy graves; y, de otro, la prohibición, esto es, la limitación terminante de imponer sanciones que "consistan en la reducción de las vacaciones u otra minoración de los derechos al descanso del trabajador o multa de haber" - punto 3 -.

Las sanciones disciplinarias estimables como mayores, en orden a su gravedad, están previstas en el ET de la manera siguiente: artículo 45.1 h) "...suspensión de sueldo y empleo..."; y, bajo el presupuesto del artículo 49.11 ET, sobre extinción - del contrato de trabajo por despido del trabajador, el artículo 54 ET - del despido disciplinario - dispone que, dicha extinción se efectúa "...por decisión del empresario, mediante despido basado en incumplimiento grave y culpable del trabajador" - punto 1 -

A tal efecto, el punto 2 de tal precepto, tipifica diversas causas como incumplimientos contractuales del trabajador, son parte del tema que se tratará en el capítulo siguiente.

Ahora interesa poner de relieve los alcances generales del poder disciplinario del empresario y resaltar que ha de efectivizarse dentro del contexto legal vigente y, por ende, sometido a las garantías jurisdiccionales existentes, aspectos que traducen singularidades de transcendencia en tanto dicho poder se desarrolla dentro de un ámbito en el que se conjugan derechos fundamentales de la persona.

### 3. En el régimen jurídico de Perú.

#### 3.1.- En las disposiciones constitucionales.-

La Constitución peruana de 1979 en su Título III - del Régimen Económico - Capítulo I - Principios Generales - artículo 110 establece;

"El régimen económico de la República se fundamenta en principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana..."

Bajo dicha premisa, el artículo 115, por su parte, dispone:

"La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. El estado estimula y regula su ejercicio para armonizarlo con el interés social".

En el Perú, la actividad económica goza de libertad, - de manera que las iniciativas y decisiones, en tal sentido, son autónomas, aunque sujetas al ordenamiento legal vigente e inevitablemente orientada por la política general económica.

La concepción de economía social de mercado a que se acoge la Constitución peruana, implica, de alguna forma, ratificación de las libertades individuales que reconoce. La libertad empresarial, dentro de dicha concepción, está llamada a comprometer la actuación económica con principios de justicia social, sin perjuicio de las orientaciones y planificación general por parte de los poderes públicos. A tal efecto, la actividad empresarial y el sujeto que la desarrolla, es decir, su titular, posee autonomía con poderes organizativos que, en el ámbito laboral, va desde la libertad de contratación hasta el ordenamiento y dirección de las prestaciones de servicios.

Los poderes empresariales han de interpretarse con arreglo a los valores sustentatorios de todo el ordenamiento jurídico, libertad, justicia, igualdad, los cuales no sólo son fundamento de las relaciones de trabajo sino orientadores y demarcadores - de permanentes de la discrecionalidad empresarial. Las decisiones empresariales, en tal contexto, han de contemplar los derechos y libertades individuales que se conjugan en las relaciones laborales.

El papel del Estado en la política económica y social, señala el artículo III de la Constitución, es la de formular - los planes de desarrollo de la actividad del sector público, y orientar "en forma concertada la actividad de los demás sectores". Agrega, el artículo 112: "El Estado garantiza el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia democrática de diversas formas de propiedad y empresa.."

De otro lado, la Constitución, dentro del referido Título, Capítulo IV - de la empresa -, en su artículo 130, establece la definición siguiente: "Las empresas, cualquiera sea su modalidad, son unidades de producción cuya eficiencia y contribución al bien común son exigibles por el Estado de acuerdo con - la ley". Seguidamente, y con referencia también a la empresa,

se dispone en el artículo 131: "El Estado reconoce la libertad - de comercio e industria. La ley determina sus requisitos, garantías obligaciones y límites. Su ejercicio no puede ser contrario al interés social ni lesivo a la moral, la salud o la seguridad públicas".

Complementariamente a los sustentos axiológicos de los postulados constitucionales, los factores contenidos en el enunciado final en el último artículo citado, representan la delimitación a la libertad empresarial y, claro está, a los poderes y potestades que le son propios; aquélla ha de desarrollarse en armonía con los valores y principios que conciernen a todas las libertades individuales.

La libertad de empresa, de otro lado, cuenta con ratificaciones indirectas en tanto sólo puede ser intervenida o interrumpida en situaciones de crisis grave o emergencia, en las que el Estado puede regular la actividad económica con medidas transitorias y extraordinarias - artículo 132 de la Constitución -.

Estos reconocimientos constitucionales configuran, dentro del ordenamiento jurídico peruano, el fundamento de los poderes empresariales que se tratan en el presente capítulo; su proyección en el ámbito laboral está vinculada a otras disposiciones constitucionales que regulan las relaciones de trabajo. Por el artículo 42 C. el trabajo es reconocido como "...fuente principal de riqueza..." y, "...en sus diversas modalidades es objeto de protección por el Estado..."; dicho precepto contiene previsiones por las que: "En toda relación laboral queda prohibida cualquier condición que impida el ejercicio de los derechos - constitucionales de los trabajadores o que desconozca o rebaje - su dignidad", lo cual opera como un condicionamiento permanente de las potestades empresariales. Asimismo, la elevación a nivel constitucional del principio de irrenunciabilidad de los derechos reconocidos de los trabajadores - artículo 57C - establece una garantía e -

implícitamente, una limitación de los intereses de los sujetos - de la relación laboral, con significativa trascendencia respecto de los derechos de carácter fundamental en cuanto su contenido esencial; lo dicho, es regla inescusable en la ordenación - y dirección de las relaciones laborales; potestades que, en orden a la naturaleza de la actividad laboral, por las responsabilidades que ella implica, como por el respaldo constitucional - que tiene, cuenta también con un contenido esencial irrenunciable.

### 3.2.- En las disposiciones legales.-

El desarrollo disperso de la legislación laboral peruana ha incidido, indirectamente, en la definición y tratamiento que sobre contrato de trabajo existe desde 1936; el Código Civil, en sus artículos 1571 y 1572 se ocupa de él; el primero de los - citados establece: "Por este contrato el obrero ofrece contribuir a la producción, con su trabajo personal por tiempo determinado o indeterminado, mediante el pago de un salario".

Tal concepción de contrato de trabajo fue perfeccionándose también a través de la jurisprudencia, la que se encargó - de resaltar el elemento de dependencia jurídica como esencial o constitutivo de aquel. Para ello, la doctrina aportó señalando las implicancias de tal dependencia para los sujetos del contrato de trabajo; éste, por otro lado, quedó sujeto a la regla general aplicable a los contratos - artículo 1328 CC - que dispone:

"Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos y deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes".

Sobre la materia, incide nuevamente el Código Civil al establecer en su artículo 1144 la culpa in eligendo e in vigilando en los términos siguientes: "Todo el que tenga a otro ba-

jo sus órdenes, responde por el daño que éste irroque", esto es, la responsabilidad del empresario, frente a terceros, por los - daños ocasionados por sus dependientes en cumplimiento de sus - funciones y órdenes de aquel; así, esclareció, aún más, los alcances de la responsabilidad y riesgos asumidos por el empresario en su condición y actividad de tal. Ello, indirectamente, ratificaba el fundamento de sus potestades directivas, como las consecuentes de reglamentación y disciplina.

El referido artículo 1572 CC señaló que: "..El contrato de trabajo supone....., la intervención del Estado para - asegurar la aplicación de las leyes y reglamentos correspondientes". Con ello, se consolidó más la cercana y directa labor tutelar que había venido ejerciendo el Estado en su intención de equilibrar y proteger las relaciones laborales. No se hizo necesario reproducir legalmente las potestades empresariales de - dirección, reglamentación y disciplina; el reconocimiento legal estuvo implícito en la regulación directa o indirecta de la que fueron objeto, como en la orientación que daba la voluntad de las partes contratantes.

La Resolución Suprema del 27 de Octubre de 1936 estableció que los contratos de trabajo, (todos) debían ser autorizados y refrendados por la Dirección de Trabajo. Esta, tuvo por objetivo controlar, de modo directo, los términos y condiciones en las que se pactaban las prestaciones de trabajo; estuvo, pues, dirigida, esencialmente, a proteger al trabajador; la disposición exigía un contrato de trabajo en donde las obligaciones asumidas debían estar definidas en sus aspectos fundamentales, por lo cual, indirectamente, se definían las potestades empresariales que serían fiscalizadas por la Autoridad de Trabajo al momento de su autorización.

Los criterios que rigieron tal fiscalización devienen - desactualizados, especialmente porque, aún cuando la citada R.S.

sigue vigente, cayó en desuso, máxime porque la relación de trabajo de hecho generaba los mismos efectos, en materia de beneficios laborales, que el contrato de trabajo aprobado y refrendado; la parte supuestamente protegida, el trabajador, optaba por la relación de hecho sin acogerse o poder realmente exigir de tal norma, (en orden a su necesidad "práctica" de trabajo); a ello, se suma que las multas previstas en ésta, en caso de incumplimiento fueron posteriormente inaplicables.

Lo significativo de tal "antecedente" radica en que las concretas obligaciones recíprocas de los sujetos del contrato de trabajo tuvieron por fuente el propio documento escrito de éste. La jurisprudencia, sobre el particular, se acrecienta con posterioridad a tal práctica, cuando precisamente careciéndose de contrato escrito fue preciso atender los casos concretos, en orden a sus propias peculiaridades que dieron lugar a criterios y reglas generales que se comentan a continuación.

Por Resolución Suprema del 17 de Agosto de 1949 se dispuso, artículo 1º: "Los empleadores y empresarios están obligados a llevar Libro de Registro de Reglamentos, Pactos y Contratos de trabajo que rijan en sus respectivos centros de trabajo". Esta fue una de las disposiciones de control del poder directivo empresarial, en el sentido que las normas e instrucciones reguladoras de la actividad y conducta laboral había de recogerse en reglamentos de trabajo que eran registrados, y comunicados a la Autoridad de Trabajo, la que desde 1939 estaba facultada, por Decreto Supremo 9 de Junio, para revisar el régimen reglamentario.

Por Resolución Suprema del 20 de Septiembre de 1956 se estableció: "1º los empleadores que ocupen 100 o más trabajadores remitirán ..., un ejemplar del Reglamento Interno de sus respectivos centros de trabajo en el cual se ha de consignar las normas conducentes al mantenimiento y fomento de la armonía en las



relaciones entre trabajadores y empleadores, así como las facultades concedidas y la acción ejecutiva encomendada al personal jerárquico para el trato con empleados y obreros. -Sino lo tuvieran ha  
rán conocer la práctica observada para el mantenimiento y fomen  
to de tales relaciones".

Por otro lado, los alcances del poder directivo del empresario, en orden a las necesidades organizativas de la empresa contó con otras limitaciones, entre éstas, los "derechos adquiri  
dos" del trabajador; ellos, consisten en los derechos y beneficios disfrutados durante un determinado período de tiempo, el mis  
mo que, en aplicación analógica de otras normas laborales, eran de dos años consecutivos. El concepto de derechos adquiridos con  
fiere, pues, una consolidación de las condiciones de trabajo ostentadas durante el período referido.

De otra parte, las iniciativas empresariales de cambio o modificación de las condiciones de trabajo, en razón de las -  
potestades directivas, devienen, en principio, arbitrarias o in  
justificadas cuando ellas traducen perjuicio económico, cambio inmotivado de colocación a otra de inferior categoría u ostensi  
ble maltrato, el traslado de puesto con cambio de residencia y con perjuicio para la salud o intereses del trabajador, e inclu  
so cuando se le someta ante un jefe o superior con quien tenga visible enemistad o malquerencia conocida del principal - Resolución Suprema del 22 de Junio de 1928-.

Este último dispositivo legal constituye un antecedente del Decreto Ley 22126 del 21 de Marzo de 1978, que en la actualidad regula diversos aspectos del ejercicio del poder direc  
tivo y disciplinario empresarial ante los supuestos que se pro  
sigue a tratar. El citado Decreto Ley, denominado de la Estabi  
lidad Laboral, dispone en su artículo 1º: "Ampara a los trabaja  
dores en el derecho a mantener el vínculo laboral y establece -  
las causales de rescisión de dicho vínculo, en los casos en que

por acción u omisión las partes incumplan sus obligaciones en - perjuicio de la producción, la productividad, la disciplina y - armonía en el centro de trabajo".

Por la redacción inicial de la citada norma, el derecho contenido es, en principio, presentado, (aparentemente) a favor de los trabajadores y no precisamente de los empresarios, pero - en realidad este dispositivo legal constituye una modificación - flexibilizadora de la estabilidad laboral absoluta que había con - sagrado el Decreto Ley 18471, al cual deroga. El D.L. 22126 ex - plicita su objetivo de proteger el trabajo en si mismo y sus re - sultados, como fuente original y de común interés en las partes y del Estado; consecuentemente, prevé diversas regulaciones de - las potestades empresariales frente a la existencia de causas de fuerza mayor, caso fortuito, o razones de orden económico y tec - nológico, que se expone seguidamente.

Ante los referidos supuestos, el D.L. 22126 en su artí - culo 10 dispone, previa autorización de la Autoridad Administra - tiva de Trabajo, que el empresario podrá: a) Suspender temporal - mente las labores en forma total o parcial: b) Reducir personal: c) Disminuir los turnos, días u horas de trabajo: y d) Rescindir los contratos de trabajo por liquidación de empresa. Las modifi - caciones de las condiciones de trabajo constituye una alternati - va legal a las opciones indicadas, cuyo planteamiento se formula durante el procedimiento que se pasa a indicar.

Cuando las causas sean específicamente de carácter eco - nómico o tecnológico, los supuestos arriba indicados están some - tidos, al no existir acuerdo entre las partes aprobado por la Au - toridad Administrativa de Trabajo, a procedimiento administrati - vo que consiste, esencialmente, en presentar la respectiva soli - citud al Ministerio de Trabajo - Autoridad Administrativa de Tra - bajo - quien, a su vez, pide dictamen con opinión fundamentada - al Ministerio del sector correspondiente o a la Comisión Nacional

Supervisora de Empresas y Valores, según sea el caso; posteriormente, convoca a los representantes de los trabajadores y del - empleador a juntas de conciliación; y, en defecto de éste, resuelve la Autoridad de Trabajo - artículos 11 y 14 -. Este procedimiento por su naturaleza, hace difícil la posibilidad de decisiones arbitrarias o discriminatorias, según se ha indicado en análogos, (de autorización previa) y conforme se verá en el capítulo siguiente.

En el supuesto de reducción o liquidación de personal, adicionalmente a lo referido existe la obligación de cursar preaviso de 30 días, computables desde la fecha que pone fin al procedimiento, lo cual es sustituible por el pago remunerativo equivalente a dicho período o exonerable si así se hubiese solicitado, justificado y autorizado - artículo 12 -.

#### - Requisito Adicional -

En el supuesto comentado, además, el empleador deberá - abonar en el término de 48 horas computadas desde la resolución que pone fin al procedimiento, el pago de los beneficios sociales correspondientes (éstos son, esencialmente derechos económicos generados por el tiempo de prestación de servicios, llamados: "compensación por tiempo de servicios"). Esta disposición es de tal trascendencia que la referida resolución autoritativa no surte efecto si el empresario no acredita dicho pago o la respectiva consignación en el banco de la nación.

En el supuesto de suspensión temporal de labores en forma total o parcial, o disminución de turnos, días u horas de trabajo por causa de fuerza mayor o caso fortuito, ha de existir la - imposibilidad del normal desenvolvimiento, total o parcial del - centro de trabajo, que ha de ser verificado para la expedición de la respectiva autorización; ésta no ha de ser mayor de tres meses - artículo 12 -.

- Derecho de preferencia -

Si el empleador decide contratar personal, después de los procedimientos antes referidos, esto es, de superadas las causas de la crisis, está obligado a dar preferencia a los trabajadores cuyos contratos hubieran sido objeto de extinción por tales circunstancias. Es requisito para ejercer este derecho, que el trabajador ostente la categoría y calificación de los puestos vacantes. El cumplimiento de esta obligación exige cursar comunicación escrita al trabajador con 15 días de anticipación al ingreso, y aviso oportuno a la Autoridad de Trabajo; la aceptación ha de ser respondida en 5 días, cuya omisión o incumplimiento tiene efecto liberatorio para la otra parte. El incumplimiento de esta disposición por el empresario genera, para el trabajador, el derecho de solicitar readmisión en el trabajo ante la Autoridad Administrativa de Trabajo.

- Otras regulaciones de la potestad organizativa empresarial -

Los actos empresariales antes anunciados como injustificados y perjudiciales para el trabajador, son previstos en el Decreto Ley 22126 - artículo 19 - como de hostilidad su tipificación determina correlativamente las obligaciones de aquel; los supuestos que contiene están dirigidos a proteger los derechos económicos y profesionales del trabajador; -se considera acto de hostilidad: "la falta de pago de remuneración por acto unilateral"; y, de otro lado, : "...el traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en que por la naturaleza de su ocupación, hábito o contrato de trabajo preste servicios, con el deliberado propósito de causarle perjuicio; como: "la exigencia al trabajador de la prestación permanente de servicio en una labor distinta a la habitual, siempre que implique rebaja de categoría".

La integridad física del trabajador como objeto de obligatoria protección por el empresario, en regulación de sus potestades organizativas, está igualmente prevista por el último citado artículo: "La imprudencia temeraria que afecta la seguridad -

del centro de trabajo o la salud de los trabajadores". De igual modo el respeto a la persona del trabajador y a su dignidad es protegida, prohibiendo al empresario: "...incurrir en acto de -- violencia en grave o reiterado faltamiento de palabra...". Ello, guarda estrecha concordia con la regla de buena fe y común intención de las partes que rige, como norma general, al contrato del trabajo y que supone, además, que el empresario no incurra en - "...incumplimiento deliberado y reiterado...de sus obligaciones legales y convencionales".

El poder disciplinario empresarial como mecanismo ejecutivo complementario del directivo, ha dado lugar a diversas regulaciones que reconocen la potestad empresarial de imponer sanciones de gradual proporción a las faltas laborales cometidas. Las leves son sometidas para su calificación y aplicación a la discrecionalidad del empresario, están incorporadas en los reglamentos de trabajo y también son materia de los convenios colectivos. Las sanciones leves van desde las amonestaciones verbales hasta las suspensiones en el trabajo. Las faltas graves están reguladas y tipificadas con tal carácter como causales de despido.

En tal sentido, el Decreto Ley 22126 en su artículo 4 establece : " constituyen faltas graves que dan lugar al despido justificado e inmediato el trabajador...". A continuación, enumera 9 supuestos que configuran falta grave, los que oscilan desde el incumplimiento de obligaciones, "reiterada resistencia a las órdenes del empleador", inobservancia del Reglamento interno y de Seguridad Industrial, debidamente aprobado por la Autoridad Administrativa de Trabajo", hasta la forma de cumplir los servicios rendimiento en volumen y calidad, como el deber de lealtad a que ha de estar acogido el trabajador, y la disciplina en la conducta laboral y corrección en las costumbres y hábitos. El alcance del citado enunciado legal, así como sus presupuestos y matices, conjuntamente con el caso de los dirigentes sindicales; tienen -

concretas limitaciones respecto del ejercicio del poder disciplinario empresarial; éstos, se anuncian aquí, por tanto conciernen al presente tema, sin embargo su análisis corresponde posteriormente.

Todos los actos empresariales, sean éstos producto de las potestades organizativas, directivas, reglamentarias o disciplinarias, están potencialmente sujetas a fiscalización administrativa y judicial, según sea el caso. Quiere esto decir, que los trabajadores que están facultados para denunciar los actos que consideren de incumplimiento o violación de disposiciones legales y/o convencionales por parte del empresario, a través del proceso administrativo de denuncias, sin perjuicio de la impugnación judicial, cuando ésta corresponda; así como para hacer cobro de sus beneficios sociales ( y resarcimientos económicos que procedan) ante el Fuero Privativo de Trabajo. Las garantías jurisdiccionales son, en última instancia, las vías por las que se dilucidan la legitimidad del poder organizativo empresarial, en sus múltiples expresiones.

### CAPITULO III.- NOTAS Y CITAS BIBLIOGRAFICAS

- 1.- Rodríguez Piñero, Miguel.- "La Empresa y el Contrato de Trabajo", p. 43.
- 2.- Montoya Melgar, Alfredo.- "El poder de dirección del empresario", p. 8. Instituto de Estudios - Políticos. Madrid 1965.
- 3.- Montoya Melgar, A.- op. cit. p. 9.
- 4.- Montoya Melgar, A.- op. cit. p. 19.
- 5.- Alonso Olea, Manuel.- "Derecho del Trabajo" - 6ta. ed. p. 33.  
Facultad de Derecho - Universidad Com--  
plutense de Madrid.
- 6.- Alonso Olea, M.- op. cit. p. 265 - 7ma. ed.
- 7.- Montoya Melgar, A.- op. cit. p. 44.
- 8.- Montoya Melgar, A.- op. cit. p. 145-147-156
- 9.- Rivero Lamas, Juan.- Comentarios a las Leyes Laborales. Diri-  
gido por Efraín Borrajo. Tomo VIII p. 155
- 10.- Montoya Melgar, A.- op. cit. p. 163-165.
- 11.- Montoya Melgar, A.- op. cit. p. 143.
- 12.- Cremades, Bernardo María.- "La sanción disciplinaria en la -  
empresa" p. 117-8. Instituto de Estudios  
Políticos.
- 13.- Alonso Olea, M.- "Introducción al Derecho del Trabajo", p. 144.
- 14.- Alonso Olea, M.- "Derecho del Trabajo", cit. p. 273
- 15.- Cremades, B.M.- op. cit. p. 99
- 16.- Idem.- op. 98.
- 17.- Alonso Olea, M.- Derecho del Trabajo, cit. p. 273
- 18.- Cremades, B.M.- op. cit. p. 171
- 19.- Alonso Olea, M. - Derecho del... cit. p. 275
- 20.- Alzaga, Oscar.- La Constitución Española de 1.978, p. 306.
- 21.- Garrido Falla, Fernando.- Comentarios a la Constitución, p.  
468.
22. García Echevarría, Santiago.- Economía Social de Mercado, Pa-  
pel de la actividad privada y -  
pública. CEOE - p.8-9. Madrid  
1978.
- 23.- Garrido Falla, F.- op. cit. 471.

- 24.- Morisi, Massimo.- "Aspectos esenciales de la relación entre Estado y Economía en una Constitución de la crisis" en "La Constitución Española de 1978". Estudio sistemático dirigido por los Prof. Alberto Predieri y E. García de Enterría. p. 374-375. Ed. Civitas. 1a. ed. 1980.
- 25.- Idem - p. 377
- 26.- Garrido Falla, F.- op. cit. p. 472
- 27.- Serrano Curyajal, José.- "Libertad de empresa y planificación en la Constitución Española" en "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución" 1980. p. 379. Centro de Estudios Constitucionales.
- 28.- Alonso Olea, M.- Derecho del Trabajo. cit. p. 205-206.
- 29.- Rodríguez Piñero, M.- "El Trabajo en la Constitución" - Revista de Política Social nº121- p. 125 (6)1979 - Centro de Estudios Constitucionales.
- 30.- Sala Franco, Tomás.- Comentarios a las Leyes Laborales. El - Estatuto de los Trabajadores (art. 39). Dir. por Efrén Borrajo. Tomo VIII p. 19.
- 31.- Sala Franco, T.- op. cit. p. 48.
- 32.- Idem - p. 40
- 33.- Alonso Olea, M.- El Estatuto de los Trabajadores - Texto y - breve comentario. Ed. Civitas. p. 70.
- 34.- Alonso Olea, M.- Derecho del Trabajo cit. p. 211
- 35.- Alonso Olea, M.- Derecho .... cit. p. 212
- 36.- Sala Franco, T.- p. cit. p. 36
- 37.- Idem.. - p. 21-22
- 38.- Idem.. - p. 48
- 39.- Alonso Olea, M.- El Estatuto de ... cit. p. 41
- 40.- Rivero Lamas, J.- op. cit. p. 156
- 41.- Idem.. - p. 151
- 42.- Alonso Olea, M. - El Estatuto de... cit. p. 178
- 43.- Idem... - p. 177
- 44.- Idem... p. 176
- 45.- Alonso Olea, M.- Derecho del... cit. p. 273



#### CAPITULO IV.- DESPIDOS DISCRIMINATORIOS ANTISINDICALES

En el presente caso, se pretenderá conjugar los temas - tratados anteriormente de manera que concurren configurando un marco referencial para el análisis de los despidos que responden a motivaciones discriminatorias por causa del ejercicio de los - derechos sindicales.

Desde que la asociación sindical y derechos consecuentes fueron objeto de reconocimiento universal, se ha venido desarrollando, en forma paralela, mecanismos dirigidos a viabilizar y proteger el ejercicio de la libertad sindical. En tal sentido, los actos discriminatorios e ingerencias externas, según se ha comentado en el capítulo II, fueron previstas a efectos de su - prohibición; no obstante las relaciones laborales han continuado siendo fuente y ocasión de innumerables y diversos episodios antisindicales, que evidenciaron un potencial significativo de posibilidades discriminatorias, intrínsecas, por así decirlo, a la propia actividad laboral dentro de las que el despido constituye expresión frecuente y grave.

Es aspecto esencial de nuestro tema tratar tanto el despido discriminatorio antisindical directo, como aquellas formas ind denominadas que traducen, de modo indirecto, graves violaciones equivalentes al despido, esto es, actos que, incluso con apariencia lícita, constituyen discriminaciones antisindicales que conducen la relación de trabajo a su terminación.

Seguidamente, se tratará de las garantías existentes, - como de otros posibles mecanismos protectores, atendiendo a la - experiencia, convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo sobre el particular; así mismo, se incluye en el desarrollo del tema el tratamiento de los efectos - que corresponden a los despidos discriminatorios antisindicales.

El caso de los representantes de los trabajadores es parte - también de nuestro tema, que reviste singular relevancia y requiere particular consideración en su condición de portadores, defensores y representantes del interés colectivo.

# 1.- Los actos discriminatorios antisindicales.

## 1.1.- Definición y elementos constitutivos.-

Un acto discriminatorio antisindical es aquel violatorio de los derechos fundamentales de igualdad de trato y de libertad sindical; de acuerdo con los reconocimientos jurídicos internacionales ya comentados, aquellos constituyen derechos básicos de la persona en razón de su dignidad humana, sustento de la concepción axiológica con la que actúan tales derechos.

Para la existencia del acto discriminatorio antisindical, fundamentalmente, han de darse, de modo concurrente, dos elementos: la motivación antisindical y el menoscabo efectivo del ejercicio de la libertad sindical, de carácter subjetivo y objetivo, respectivamente; ambos, además, configuran factores comunes en la amplia diversidad de actos discriminatorios.

La determinación del elemento subjetivo, motivación antisindical, es lo que precisamente genera gran parte de la dificultad en la actividad preventiva y, sobre todo, probatoria de dichos actos, al punto que la vía por la que tal elemento se estima acreditable es la indirecta, según trataremos en su oportunidad.

La determinación del elemento objetivo, la afectación real de los derechos sindicales tiene trascendencia no sólo a efecto de la respectiva tipificación sino en cuanto compromete la correcta regulación de los efectos legales, esto es, con la debida restitución de derechos afectados. En cuanto se trata -

de hechos objetivos tienen mayor margen de verificación y de factibilidad probatoria; su demostración, en principio, se entiende a cargo de quien alega la afectación, no obstante a este criterio han de sumarse otros, que se analizarán en su momento.

Si bien la noción de arbitrariedad es distinta a la de discriminación, ambas colindan, es más, la segunda suele materializarse a través de un acto arbitrario, cuestión que influirá en las formas probatorias de nuestro tema, de ahí que se anuncie en este punto.

## 1.2.- Formas discriminatorias antisindicales en las relaciones laborales.

Con motivo de los estudios desarrollados por la Organización Internacional del Trabajo sobre la aplicación, real vigencia y protección de los derechos sindicales, se ha venido detectando situaciones y diversos actos discriminatorios antisindicales dentro de las relaciones de trabajo; en tal sentido la amplia diversidad de las expresiones discriminatorias están sujetas a las singularidades legales, políticas, sociales y económicas del país que se trate, así como de la situación y grado de desarrollo sindical que aquel ostente.

Las diversas formas discriminatorias antisindicales - acusan diferentes grados de gravedad y frecuencia; oscilan desde formas leves - que de por sí carecen de fuerza para originar una modificación sustancial en la situación laboral del trabajador, aunque si constituyen un menoscabo de aquella e impedimento del libre ejercicio de los derechos sindicales, hasta las que, por su gravedad, afectan aspectos sustanciales de la relación de trabajo, entorpeciendo, impidiendo o interrumpiendo el ejercicio de los derechos sindicales.

La gravedad del acto discriminatorio radica en el grado de incidencia o afectación del contenido esencial de los derechos fundamentales de igualdad y de libertad sindical; la determinación de la gravedad lleva a vincular la forma del trato discriminatorio con el grado de perjuicio, de modo que si la -- afectación es sustancial, la gravedad será mayor; esta nota es, precisamente, lo que implica su trascendencia.

La frecuencia está vinculada a la gravedad del acto - discriminatorio en cuanto la reiterancia traduce continuidad en la afectación de los derechos. Lo cierto es que los actos discriminatorios pueden ocurrir tanto de modo ocasional o eventual como periódico, incluso, reiterado.

Las oportunidades en que se materializan los actos discriminatorios están comprendidas por la etapa de ingreso de empleo - de difícil determinación, regulación y protección en orden a la libertad empresarial de contratación, y por que se expresa a través de conductas omisivas - y en toda la secuencia - del desarrollo de las relaciones laborales, las cuales ofrecen una rica gama de posibilidades discriminatorias.

#### - Modalidades -

Además de las expresiones discriminatorias antisindicales abiertas y evidentes que no presentan, en principio, mayor dificultad de identificación, calificación y regulación, existen, paralelamente, otras formas discriminatorias ordinarias, - caracterizadas por presentarse con apariencia de licitud .

Se trata de actos empresariales en el ejercicio de sus poderes de dirección, reglamentación (caso menos frecuente) y/o disciplina que conllevan carga discriminatoria y, por ende, la implícita intención de afectar el ejercicio de los derechos sindicales, así como el perjuicio objetivo de éstos.

En tal sentido, se tienen los casos de traslado, modificación de las condiciones de trabajo, omisión o retraso de la promoción o ascenso, cierre total o parcial del centro de trabajo, sanciones o amonestaciones disciplinarias, terminación del contrato de trabajo, etc; todos ellos en el fondo, al tener carácter discriminatorio antisindical afectan la libertad sindical tanto a nivel individual como colectivo.

- Formas de expresión -

Los referidos actos, además de perjudiciales por discriminatorios, pueden canalizarse a través de la afectación de otro derecho laboral o no, esto es, en su modo de expresión pueden revestir carácter "desfavorable", al materializarse a través de un menoscabo de derechos laborales; los hay también de apariencia "favorable" en cuanto que, a través de beneficios económicos o mejora en las condiciones de trabajo, afectan la libertad sindical estimulándola indebidamente o desactivándola, esto es, tanto respecto de la versión positiva como negativa de tal derecho y, así mismo, de la actividad que su ejercicio implica.

La diversidad de los actos discriminatorios están en relación directa al cúmulo de posibilidades sobre los que se desarrollan las relaciones laborales, como sobre las que se proyectan los poderes empresariales; la tarea de detectar carga discriminatoria, especialmente su elemento subjetivo, no deja de ser alambicada y ardua; no obstante, es susceptible de lograrse, normalmente, de modo indirecto, en razón de determinados criterios procesales y reglas generales de prevención y protección que, en orden a tal carácter general, pueden resultar de mayor valor práctico.

### 1.3.- Despidos discriminatorios antisindicales.

Se entiende por despido discriminatorio antisindical, aquel que tiene por causa la afectación del derecho de libertad sindical en cualquiera de sus aspectos, "actúan .. en flagrante violación de los derechos de la persona y consiguiente desconocimiento del ordenamiento jurídico" (1). En el mismo sentido, el profesor Alonso Olea señala: "característico de estos despidos es, pues, no la existencia ni la inexistencia de causa sin más, sino la presencia de circunstancias específicas cuyo uso como causa de despido es radicalmente opuesto a los principios esenciales del ordenamiento jurídico, en cuanto supone el desconocimiento o la violación de derechos de la persona humana que se reputan intangibles..." (2).

El despido discriminatorio antisindical constituye la más grave de las expresiones discriminatorias antisindicales. Grave porque viola derechos fundamentales de la persona; tales son, de igualdad ante la ley, traducido en el contexto laboral como derecho e igualdad de trato o prohibición de un trato desigual injustificado, y el ejercicio individual de libertad sindical, a través de la afectación del derecho de permanencia en el trabajo, medio básico de subsistencia y realización integral de la persona que incluso en algunos ordenamientos ostentan jerarquía constitucional, conforme veremos al tratar el caso de Perú; de cualquier forma se materializa a través de un incumplimiento contractual del empresario.

#### 1.3.1.- Formas: Directo e indirecto.

El despido discriminatorio antisindical es directo cuando la terminación del contrato de trabajo se materializa como tal, esto es, con la expresa voluntad empresarial en el sentido de la ruptura del vínculo laboral. Dentro del régimen causal la expresión de voluntad se "formaliza" y aún cuando se omita el cumplimiento de determinados requisitos de forma, el despido se materializa como un hecho concreto con la imposibilidad material de continuar con la prestación de servicios.

Cuando la decisión empresarial no se expresa directamente - en tal sentido pero incurre en incumplimiento contractual que afectan al trabajador de modo grave existen presupuestos para que éste opte por la terminación de la relación laboral con un tratamiento equitativo al que corresponde al despido injustificado directo.

Aún cuando el despido indirecto no se encuentra perfectamente definido ni totalmente determinadas las situaciones que pueden conducir a éste, ni así tampoco prevista su integral regulación legal, aquel se configura cuando la afectación injustificada de las condiciones de trabajo en perjuicio del trabajador conducen la relación de trabajo hacia su "necesaria" terminación; en algunos casos, estas situaciones han sido calificadas de "hostilidad" u "hostilización", cuya gravedad y/o reiterancia convierte en insostenible la relación laboral; también han sido denominados "despidos impropios" o "despidos forzados". Señala Alburquerque Montenegro sobre el despido indirecto que "se produce cuando se establece una situación que hace imposible la continuación del contrato de trabajo, en virtud de actos u omisiones imputables al empresario". (3).

Cuando dichos actos u omisiones conllevan carga discriminatoria antisindical, esto es, que tengan por causa la intención y la afectación del ejercicio de los derechos sindicales, de modo grave y conducen la relación laboral hasta su necesaria terminación por el trabajador, se tratará de un despido discriminatorio antisindical indirecto.

### 1.3.2.- Efectos del despido.

"...Las causas permiten calificar la justificación o injustificación del despido, mientras que el cumplimiento o no de las formalidades exigidas para el acto de despido o para el procedimiento de su imposición califican la validez o nulidad de éste." (4).

Nos hallamos ante una regla que condiciona los efectos - de un despido cualquiera, de modo que, cuando el despido procede exclusivamente de una decisión empresarial, se trata de una resolución del contrato de trabajo extrajudicial o extradministrativa, según sea el caso, a diferencia de los sistemas asimilados al requisito de propuesta o autorización previa. De cualquier forma, los efectos oscilan dentro de las alternativas a comentarse.

Dentro de la mayoría de regímenes legales se exige la -- existencia de causas que justifiquen la terminación de la relación de trabajo, y cuyo incumplimiento hace al despido susceptible, ante la respectiva demanda de la parte afectada, de ser declarado - improcedente por la autoridad. Comunmente, los regímenes que acogen tales principios de estabilidad laboral, prevén determinadas formalidades, algunas de carácter solemne, que regulan el modo en que debe ajustarse la realización del despido y condicionan, en - tal sentido, la validez de aquel.

Un despido, en cuanto a sus efectos, tiene las alternativas siguientes:

A) Despido procedente o justificado: Cabe esta calificación cuando la decisión empresarial se ha efectuado con arreglo a las disposiciones legales sobre la materia. Dentro de un contexto de un régimen causal de despido, la legitimidad de la decisión empresarial está sujeta a la existencia de la causa justificatoria y al cumplimiento de las formalidades a que hubiere lugar, asi como a la demostración de ambos aspectos; la declaración, por la autoridad, de procedencia de un despido, convalida la decisión empresarial y produce la extinción definitiva de la relación de trabajo.

B) Despido improcedente o injusto: Esta calificación surge a consecuencia de lo antes indicado, de modo que, ante la invocación de despido injustificado, de no acreditarse la causa justa



respectiva, aquel es declarado improcedente. Se trata, por tanto, de un incumplimiento contractual por parte del empresario, que pretende poner fin a la relación laboral sin aducir para ello una causa debidamente justificada (5). A consecuencia, la situación es susceptible de restablecerse a su condición anterior, esto es, con la readmisión del trabajador a su puesto de trabajo y con el pago equivalente a los salarios dejados de percibir, salvo que quepa - indemnización sustitutoria, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes, en cuyo caso la opción es parte de la declaración respectiva de improcedencia.

C) Despido nulo: Ante la existencia legal del cumplimiento de determinadas formalidades para la validez de un despido, como requisito previo o inherente a la concreción misma de aquel, el incumplimiento de aquellas o su defecto formal, convierte el despido en nulo y, por ende, en ineficaz con carácter ex tunc, es decir, - desde el momento del despido; la respectiva declaración genera el derecho a la reintegración en el puesto de trabajo, salvo que las omisiones formales sean subsanables; los efectos últimos de un despido nulo pueden coincidir con los del despido improcedente, en su aspecto económico, en cuanto la negativa de readmisión por el empresario puede acarrear su sustitución el pago de una indemnización.

Conjugando las alternativas expuestas, en orden a sus causas, ante un despido susceptible de ser sustantivamente justificado pero con incumplimiento de las formalidades legales, aquel ha - de ser declarado nulo. En el supuesto del despido sustantivamente injustificado sin el cumplimiento de las formalidades respectivas, aquel ha de ser declarado improcedente.

### 1.3.3.- Efectos del despido discriminatorio antisindical.

Considerando las diversas alternativas de regulación y - efectos del despido injustificado (transgresión de disposiciones laborales...), en el caso en el que además se violen derechos fun

damentales, tal cual ocurre en el despido discriminatorio antisindical, el efecto habría de ser de nulidad ex tunc con carácter radical, esto es, desde el momento inicial en que se produjo el acto con la necesaria reposición o readmisión del trabajador, sin que sea sustituible por el pago de una indemnización a opción del empresario. Señala el profesor Alonso Olea: "Un supuesto de despido...en el que se alegue y pruebe la presencia de una de estas causas (discriminatorias) es simplemente una apariencia de despido, un acto ineficaz, por la presencia de vicio insubsanable".(6).

El despido discriminatorio antisindical afecta principios y derechos básicos de la persona que ostentan máxima jerarquía jurídica y las corresponde una protección sustantiva acorde a ello: así la sanción aplicable y consecuente restitución de derechos ha de contemplar que los derechos fundamentales violados en un despido discriminatorio antisindical no son idoneamente resarcibles -- con una indemnización que, además, en el fondo está destinada, -- esencialmente, a cubrir perjuicio económico o patrimonial, lo cual es un factor derivado y complementario de los derechos originalmente afectados; ello, en todo caso, tendría que constituir alternativa de la parte afectada, caso contrario, la indemnización como posible resarcimiento de un despido discriminatorio se desnaturaliza.

También se sustenta la nulidad radical del acto discriminatorio en la necesidad de un medio eficaz de protección y de vitalización de los derechos sindicales; de manera que, su ejercicio no pueda ser en modo alguno impedido con un despido discriminatorio cuya regulación legal, en última instancia, admite la sustitución de la reincorporación en el trabajo con el pago de una indemnización; la eficacia de los derechos sindicales dependerá, pues, de modo sustancial de la adecuada e idónea protección que les proporcione las medidas legales reguladoras de los actos discriminatorios, sus efectos juegan un papel preponderante en el terreno de la factibilidad de los derechos sindicales.

La protección especial dispensada y sugerida por los convenios y recomendaciones de la OIT para los representantes de los trabajadores contra el despido discriminatorio antisindical, ofrecen clara muestra de reales medidas de eficacia especialmente respecto de los efectos previstos para tales casos, esto es, la nulidad radical con la necesaria reincorporación del trabajador en su puesto sin que quepa indemnización sustitutoria por parte del empresario.

Es incuestionable la justificada protección especial para los representantes de los trabajadores por razón de su cargo, tanto como los es el riesgo al que están sometidos por el mismo motivo; no obstante, la referida medida en tanto se sustente en el carácter discriminatorio del acto debe ser concebida como norma general de protección; no siendo así, cualquier trabajador carece de adecuada e integral protección en el ejercicio de sus derechos sindicales contra el acto discriminatorio más grave, cual es el despido.

De otro lado, en torno a los efectos de los actos discriminatorios se dan una serie de matices según sea la materia o situación sobre la que recaen; de manera que, tratándose de condiciones de trabajo y derechos inherentes, cualquiera sean, se entiende durante la vigencia del vínculo laboral, el efecto legal de aquellos ha de ser el de suspensión, sin menoscabo de la posible indemnización por daños y perjuicios; ello, conlleva a situaciones más sutiles en cuanto la discriminación se expresa, algunas veces, en conductas omisivas que, en materia probatoria, exigen singulares dificultades y esfuerzos, tanto por los supuestos que la configuran como por la evaluación de su alcance.

El efecto de suspensión ha de coexistir con la posibilidad de que la gravedad de ciertos actos discriminatorios en las relaciones de trabajo, justifican la configuración del despido discriminatorio antisindical indirecto, sujeto, en última instancia, a los efectos indemnizatorios del directo.

#### 1.4.- La protección contra los actos discriminatorios.

##### 1.4.1.- Ambito de aplicación -

La protección a desplegarse en torno a los actos discriminatorios tiene ampliamente reconocida su necesidad y singular trascendencia; aquella se traduce a dos niveles: con relación al ejercicio de los derechos sindicales, y respecto de la estabilidad laboral del trabajador, entendida ésta dentro del respeto a sus condiciones y derechos laborales como el derecho concreto de permanencia en el trabajo.

Los mecanismos de protección contra los actos discriminatorios, para su eficacia, han de atender y resultar idóneos a las diversas modalidades en las que aquellos pueden darse, sean de acción u omisión, como a las circunstancias en que tienden a ser propicios y frecuentes.

A) Cobertura general: La experiencia y los alcances de los derechos a protegerse exigen que la cobertura de protección respecto del ámbito personal sea de carácter general, es decir, - que alcance a todos los trabajadores, en tanto son sujetos de las relaciones de trabajo y titulares de derechos sindicales, sin condicionamiento alguno. Dicho carácter general, a efecto de la eficacia integral de la norma, ha de proyectarse respecto del ámbito material que contienen las relaciones de trabajo, esto es, sobre cualquier acto, medida o materia que sea susceptible de carga discriminatoria.

La cobertura general de protección ha de proyectarse en fórmulas legales cuyo enunciado prescinda de designaciones o calificaciones, tanto respecto de las diferentes categorías de trabajadores como de las diferentes materias insertas en las relaciones laborales, esto es, ofreciendo una amplia cobertura personal y material.

B) Cobertura específica: Se refiere especialmente a la - que se proyecta en el ámbito personal, para los representantes le gales de los trabajadores, en calidad de garantías. Con relación al ámbito material la cobertura se ha reforzado especialmente re spective de la decisión unilateral de terminación del contrato de traba jo. Las garantías sindicales recomendadas por la OIT han de con siderarse un plus o un reforzamiento de la necesaria cobertura ge neral antes referida, de manera que la protección sea mayor, especial, en orden a las condiciones y circunstancias en que se encuentran o desarrollan aquellos. Esta cobertura específica se extiende, ordinariamente, sobre los representantes legales de los trabaja dores, conforme lo establecen las normas internacioneales sobre la materia, que se procederá a comentar.

El fundamento de esta protección especial radica en el - cargo de representación y no precisamente en la persona del trabaja dor, vale decir, pretende proteger el interés colectivo representado y, consecuentemente, cubrir el margen de riesgo extraordinario que asume el trabajador representante en el ejercicio de - sus funciones.

Se han asimilado a esta protección especial, por razones análogas, el caso de los trabajadores candidatos a la elección o nombramiento de representantes; cuestión que se ha recogido ya en algunas legislaciones con motivo de las recomendaciones de la OIT.

Otra categoría asimilable a esta protección especial antidiscriminatoria es la del promotor-es o fundador-es del síndica to, como organizadores de su formación y fundación. Aún cuando - la OIT no tiene mayores previsiones específicas al respecto, cier tos países (como por ejemplo, Perú) cuentan con disposiciones de cobertura, cuya eficacia, se ha visto, depende en gran parte de la duración de la vigencia de la protección.

La nota común respecto de los diferentes casos sobre los que es recomendable la protección especial antidiscriminatoria con

siste en que existe un plazo determinado de vigencia, que varía en razón de las causas que la justifican; en cualquier caso, la práctica aconseja, a efecto de una mayor eficacia de la cobertura de protección, que los plazos tiendan a ser amplios.

La concesión de cobertura específica especial enfrenta el problema de la determinación de su alcance, esto es, en palabras de la OIT: "...la determinación del sindicato o sindicatos que serán considerados representantes de los trabajadores en la empresa es -- uno de los más difíciles y controvertidos en el campo de las relaciones laborales en muchos países. No puede ser resuelto sólo a ni vel de la empresa, pues está estrechamente vinculado con otros problemas generales: pluralismo sindical, designación oficial de sindi catos habilitados oficialmente para representar a los trabajadores en las negociaciones colectivas, registro de sindicatos y actitud - y política del gobierno y de los empleadores frente al movimiento - sindical en general." (7).

#### 1.4.2.- Situaciones y factores incidentes.

Después de los casos mencionados, las situaciones que reclaman protección especial responden, fundamentalmente, a cuestiones circunstanciales, vale decir, a momentos o condiciones en las que los actos discriminatorios son más propicios.

A) De orden interno: van referidos a aquellas situaciones generadas con motivo de las propias relaciones de trabajo o por las condiciones de la organización sindical y de la empresa. En tal -- sentido, respecto de las primeras, están los momentos de entorno a la formación del sindicato, la de elección de representantes, presentación de pliego de reclamos o peticiones, etapa de negociación colectiva, circunstancias de conflicto colectivo y las de reclamaciones individuales.

Respecto de las segundas, están las que se vinculan a la frecuencia de los actos discriminatorios, esto es, las condiciones del sindicato en poder que ostente, (8) grado de representatividad, estructura de organización (9) y apoyo de sus respectivas centrales

sindicales ; de otro lado, las condiciones de la empresa en cuanto - magnitud, sector de actividad (en lo cual influyen factores externos que proceden a comentar) y su ámbito de actividad sea nacional o transnacional.

B) De orden externo; pueden ser de carácter político, social y/o económico. Cabe resaltar en caso de este último, su gran - incidencia en el ámbito social y político en caso de desequilibrio o crisis; precisamente, en la actual crisis económica se ha advertido su decidida influencia en el grado de efectividad en el cumplimiento de las disposiciones laborales. Señala el profesor Rodríguez Piñero que: "Uno de los temas en los que esa ineffectividad es más notable es en el de la discriminación..."; ante ello, infiere, que se trata de que: "... el Derecho pueda rectificar de forma incisiva las propias tendencias del mercado...", esto es, como medio de corrección de tales tendencias que, "... en sí mismas pueden -- estar en contradicción con el valor jurídico de la igualdad que el Derecho pretende imponer". (10).

De otro lado, constituyen factores de común incidencia a las referidas causas, la deficiencia legislativa y jurisdiccional, esto es, la carencia de normas legales eficaces cuyos alcances comprendan las diversas posibilidades por las que pueden materializarse los actos discriminatorios y, a la vez, consideren situaciones coyunturales, como la crisis económica, en calidad de circunstancias de riesgo y peligrosidad a dichos actos.

#### 1.4.3.- Medidas de protección. Modalidades.

Las medidas de protección contra los actos discriminatorios son susceptibles de clasificarse en orden al carácter de cobertura que ofrecen, aún cuando en la práctica no es usual encontrarlas calificadas con tal especificación. En tal sentido, pueden ser: preventivas, curativas y punitivas; el carácter y objetivo de cada cual responden también al momento en que se aplican.

A) De carácter preventivo: Las medidas preventivas de -- protección se aplican con antelación a determinados actos que inciden sobre cuestiones sustanciales de condiciones de trabajo y/o sobre la continuidad de la relación laboral; es un medio por el cual se controlan determinadas decisiones empresariales que pueden afectar las condiciones laborales. A tal efecto, cabe deslindar los actos y situaciones de más y menos trascendencia, en función a la mayor o menor incidencia en lo sustancial de la relación de trabajo; no son aplicables respecto de todos los actos empresariales, aunque muchos sean susceptibles de discriminación; en principio, el ejercicio de los poderes empresariales supone una dinámica ininterrumpida.

La prevención, pues, está dirigida a ejercer control sobre la legitimidad de ciertos actos empresariales, y puede darse como condición de éstos; así tenemos, algunos casos de despidos, traslados, de modificación de condiciones de trabajo, etc; ello, sin perjuicio de que exista, paralelamente, la posibilidad de control opcional respecto de otros actos.

Normalmente, las medidas preventivas se materializan con la intervención previo de la autoridad respectiva a la realización de determinada decisión, sea por medio de inspección legal y/o con la expedición de autorización. Se incluyen dentro de estas medidas, el control por parte de los representantes de los trabajadores, sea con intervención formal o sustantiva, esto es, bajo el requisito de acuerdo con ellos.

Las medidas preventivas de protección han demostrado un significativo grado de eficacia, tanto respecto de su objetivo fundamental: controlar y evitar discriminaciones, como a efectos procesales: por economía procesal y por las pruebas que reportan llegado el proceso (ej. actas inspectivas).



B) De carácter curativo : Las medidas curativas de protección inciden sobre el acto discriminatorio materializado; opera, esencialmente de dos formas: con la restitución de derechos, reintegrando la situación a su condición anterior, vale decir, imponiendo la nulidad del acto, o con el resarcimiento económico a través del pago de una indemnización.

La primera de las medidas mencionadas, en cuanto recae sobre actos discriminatorios que no importan la ruptura del vínculo laboral genera, en el supuesto de su demostración, la suspensión de la medida discriminatoria. En caso de despido, los efectos de nulidad, como medida curativa, están vinculados, normalmente, a las regulaciones generales del régimen vigente para la terminación de la relación de trabajo, coincidiendo, muchas veces, con los efectos de un despido injustificado, salvo que existan normas antidiscriminatorias específicas. El efecto de nulidad radical, es medida curativa eficaz que los regímenes legales tendrían que singularizar.

En segundo lugar, el resarcimiento económico por medio del pago de una indemnización es remedio relativo, máxime si constituye opción a favor del empresario. Señala la OIT : "... las disposiciones protectoras que la legislación pueda incluir no son suficientes si el empleador tiene derecho a despedir a cualquier trabajador mediante una indemnización, incluso cuando el motivo real de esta medida fuera la afiliación sindical o la actividad sindical del interesado". (11). Aquélla, configura una medida de protección generalizada, sin embargo se estima que no ostenta el mayor grado de eficacia ni guarda debida correlación con la naturaleza de los derechos afectados. El pago de una indemnización como medida protectora de los actos discriminatorios, especialmente del despido, adquiere mayor sentido de reparación y equiparidad cuando constituye opción de la parte perjudicada y ésta decide la ruptura del vínculo de trabajo.

Dentro de este tipo de medidas de protección conviene resaltar que, es preciso personificar e independizar los actos discriminatorios de los actos arbitrarios, desde su tipificación, -tratamiento procesal, hasta la regulación idónea de sus efectos; no corresponde imponérseles las disposiciones concernientes a los actos abusivos o arbitrarios, sino en los aspectos en los que por coincidencia, guarden equiparidad; en uno y otro caso, los derechos afectados como la categoría de los mismos, son diferentes; ello, a fin de lograr la adecuada protección de derechos fundamentales de la persona, caso contrario, la protección deviene en ser parcial.

C) De carácter punitivo: Las medidas punitivas de protección están dirigidas a sancionar la conducta discriminatoria; conllevan intención correctora en tanto pretenden persuadir la disposición empresarial del ejercicio de prácticas discriminatorias antisindicales. Normalmente, se traducen en la imposición de multas, cuyo monto está sujeto a la gravedad del acto de modo gradual y proporcional; constituye una medida generalizada de protección, de eficacia complementaria.

En esta línea, existen las sanciones penales, incluidas - las de privación de libertad del empresario; opera, normalmente, - con motivo de la negativa o resistencia de aquél al cumplimiento - de las resoluciones de la autoridad y, con menor frecuencia, sobre la actuación dolosa para la extinción de contratos de trabajo. Su aplicación ha sugerido diversas opiniones; muchas, según informes recibidos por la OIT, tienden a considerarla desproporcionada y - sin adecuada correspondencia con la falta en cuestión; por ello, se considera, conllevan el riesgo de resultar en la práctica inaplicadas. (12).

D) De carácter procesal. La carga de la prueba: En orden a la dificultad probatoria de la motivación antisindical como elemento subjetivo inherente de los actos discriminatorios antisindicales las reglas de prueba que han de preverse al respecto son --

de significativa importancia, máxime si se atiende a la diversidad con que pueden materializarse tales actos, lo cual complica, - aún más, su demostración. Asumiendo, entonces, dicha dificultad veamos qué criterios pueden en tales casos viabilizar la prueba.

Conforme señala el profesor Alonso Olea (13) es noción generalizada de que en el proceso laboral debe buscarse la verdad material y no la formal, para lo cual operan en él, en primer lugar, principios como los de inmediación, oralidad, e inquisición libre del juez que permiten una indagación y percepción más directa de los hechos a juzgar. A ello, se suma el reconocido principio "in dubio pro operario", con especial relevancia en nuestro caso, en cuanto puede aplicarse respecto de los hechos reales y no sólo - respecto de la interpretación de la ley.

De otro lado, se agrega la regla de inversión de la carga de la prueba, justificada esencialmente por la dificultad probatoria (o casi imposibilidad) de determinados hechos que son susceptibles, en virtud de dicha inversión, de demostración indirecta. Esta regla constituye un paréntesis respecto del principio tradicional por el que quien alega algo debe de probarlo. Su incidencia en los despidos traduce que, ante la invocación de un despido injustificado, dentro de un régimen causal, es el empresario quien debe acreditar la causa justa de aquél, de conformidad con las normas legales vigentes, con lo cual se desvirtúa la alegación de la otra parte. En tal contexto, frente a la invocación de despido - discriminatorio antisindical, éste queda indirectamente desvirtuado, por descarte, en cuanto se demuestre que el despido es justificado; sin embargo, el caso contrario (no prueba la causa de despido) no equivale necesariamente a la demostración de la discriminación; puede -no obstante- dar lugar a presunciones e indicios que deben considerarse.

Al respecto, en tanto interese, para aplicación de los - respectivos efectos, trascender el ámbito de la arbitrariedad y di

lucidar si existe o no discriminación, es preciso asumir otros criterios de prueba; los posibles y pertinentes son los referidos a - las presunciones, las que exigen la existencia de hechos que configuren presupuestos de base e indicios: "muchos...nacen de actos - procesa les; los indicios surgen en el proceso y no sólo de prue- bas..." (14); y, el esfuerzo para el juzgador de trascender las - apariencias formales para lograr la mayor aproximación a la verdad real; su actitud ha de ser crítica y no sólo perceptiva, a través de una actividad intelectual para llegar a juicios de valoración.

(14)

Gonzalez Pérez en su estudio sobre el derecho a la tutela jurisdiccional concluye en que la garantía máxima radica en el -- juez, cuya significación, dentro del proceso, la resalta citando a Carnelutti: "...es el juez,... quien tiene ante sí al hombre vivo ..., y sólo el contacto con el hombre vivo y auténtico,... con su bien y con su mal, pueden inspirar esa visión suprema que es la - intuición de la justicia".(15)

Parte de estas reglas fueron implícitamente previstas por la OIT, conforme veremos seguidamente, para el caso de los represen- tantes de los trabajadores en el supuesto de la terminación de su relación de trabajo. Ello es ilustrativo porque el mecanismo de - protección contra el despido discriminatorio antisindical, y demás actos de tal carácter, necesitan de medidas procesales específicas que posibiliten su demostración, las cuales han de vincularse no - sólo con las coberturas específicas sino con las de carácter gene- ral tanto en el ámbito personal como material.

- Garantías jurisdiccionales . La tutela jurisccional - de los derechos fundamentales de la persona está prevista por la - Declaración Universal de Derechos Humanos en los términos siguien- tes:

Artículo 8.-"Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales - reconocidos por la Constitución o por la Ley".

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 2.3. prevé que los Estados partes están comprometidos a garantizar que:

- "a.- Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo...
- b.- La autoridad competente..., prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial.
- c.- Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso"

Su artículo 14, con motivo del reconocimiento del derecho de igualdad de todas las personas ante los tribunales y cortes de justicia, dispone: "Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido en la ley..."

El Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y libertades Fundamentales, prevé la tutela jurisdiccional a dos niveles:

Artículo 6.1.- "Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley..."

Artículo 19.- "Con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resulten para las Altas Partes contratantes del presente convenio, se instituyen:

- a.- una Comisión europea de Derechos Humanos...
  - b.- un Tribunal europeo de Derechos Humanos..."
- (éste es, con sede en Estrasburgo).

Complementariamente, establece que cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares puede -- presentar demanda por violación de los derechos reconocidos por el

Convenio-artículo 25-. Esta jurisdicción es facultativa -artículo 46-; las sentencias del Tribunal en referencia, según los artículos 51 y 52, son motivadas y definitivas, y su ejecución es vigilada por el Comité de Ministros.

- La Carta Social Europea aún cuando, en el presente tema, no explicita sus previsiones según los anteriores instrumentos referidos, en su Parte I, establece: "Las partes contratantes reconocen como objetivo de su política, que habrá de seguirse por todos los medios adecuados, tanto de carácter nacional como internacional, el establecer aquellas condiciones en que puedan hacerse efectivos los derechos y principios..." (que contiene su texto).

- La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8 - de las garantías judiciales-, prevé, en su punto 1, que: "Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o un tribunal competente, independiente e imparcial..."; complementariamente, en su artículo 25, contempla la protección judicial contra actos que violen los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la Convención.

La tutela de tales derechos, además, son de competencia - de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según lo dispuesto por los artículos 45 y 62 de la Convención.

- Es la Organización Internacional del Trabajo. Los convenios de la OIT prevén, generalmente, cláusulas por las cuales los gobiernos se comprometen a establecer medidas y mecanismos necesarios para el ejercicio efectivo de los derechos que reconocen.

En el seno de la OIT existen órganos cuasi judiciales como la Comisión de Expertos y el Comité de Libertad Sindical que, a través de memorias, informes, dictámenes y resoluciones controlan el cumplimiento efectivo de los Convenios ratificados.

Los mecanismos de control de cumplimiento de convenios se dan:

- 1.- Por medio de memorias anuales sobre la actuación de los Estados miembros ratificados (que se someten a la Comisión tripartita nombrada por la Conferencia Internacional del Trabajo).
- 2.- Por el procedimiento de quejas (de un Estado contra otro, de las organizaciones de empresarios y de trabajadores del propio Estado), de carácter judicial en cuanto lo resuelto tiene fuerza obligatoria para las partes, pudiendo ser impugnadas ante el Tribunal Internacional de Justicia.
- 3.- Por procedimiento de queja por asunto concerniente, concretamente, al derecho de libertad sindical, establecido por el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Investigación y de Conciliación en materia de libertad sindical, órganos que examinan y resuelven.

Cuando no se ha ratificado un convenio, debe informarse, con la frecuencia que fije el Consejo de Administración, sobre el estado de la legislación y práctica nacional respecto de los asuntos tratados en el convenio, indicando las dificultades que impiden o retrasan la respectiva ratificación.

Las recomendaciones -OIT- sólo generan la sujeción de informar en qué medida se han puesto o se propone poner en ejecución las disposiciones de aquéllas, así como sobre el estado de la legislación y prácticas nacionales sobre el particular.

#### 1.4.4.- Normas de la OIT sobre la protección contra los actos discriminatorios antisindicales.

- El Convenio 87, consagratorio de la libertad sindical, en su artículo 11, dispone que los miembros ratificantes se obligan a "adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores..., el libre ejercicio del derecho de sindicación".

- El Convenio 98, en su artículo 1, establece:

- "1.- Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendentes a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.
- 2.- Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:
  - a) Sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o la de dejar de ser miembro de un sindicato.
  - b) Despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o con el consentimiento del empleador durante las horas de trabajo".

Esta es la primera norma directa y la más amplia en sus alcances - de protección contra los actos discriminatorios, tanto cuando se refiere implícitamente a todos los trabajadores como cuando se proyecta sobre todo acto de posible impedimento o discriminación de carácter antisindical; es más, prevé la necesidad de una protección especial contra los actos discriminatorios para el empleo y en el empleo, con lo que completa su cobertura material general.

El artículo 2, prevé la protección contra todo acto de injerencia de unas organizaciones (de trabajadores y de empleadores) respecto de otras, directa o indirecta, en su constitución, funcionamiento o administración; cuestiones que ya se han comentado anteriormente, Capítulo II, y resultan sólo complementarias a las medidas antidiscriminatorias que ahora tratamos.

- El Convenio 111, del 25 de Junio de 1958, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, define las formas en la que aquella puede manifestarse, desarrollando así, de modo complementario, la previsión del artículo 1º - 2a) del Convenio 98. Las medidas protectoras previstas en el presente convenio sólo conciernen indirectamente a nuestro tema, conforme se colige de su artículo 1º -3 cuando señala que, a sus efectos, los términos "em-



pleo" y "ocupación" incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo.

- El Convenio 117, del 22 de Junio de 1962, relativo a las normas y objetivos básicos de la política social, en su parte V, artículo 14.1, establece: "uno de los fines de la política social deberá ser el de suprimir toda discriminación entre los trabajadores fundada en motivos de... afiliación a un sindicato, en materia de: a) legislación y contratos de trabajo...b) admisión a empleos.. c) condiciones de contratación y de ascenso; d) facilidades para la formación profesional; e) condiciones de trabajo; f) medidas de higiene, seguridad y bienestar; g) disciplina; h) participación en la negociación de contratos colectivos; i) tasas de salarios. " A continuación, punto 2, dispone: "Deberán tomarse todas las medidas pertinentes a fin de reducir cualquier diferencia en las tasas de salarios que resulte de discriminaciones fundadas en motivos de... afiliación a un sindicato"

De un lado, la referida disposición no sería una lista limitativa, en tanto está visto que la carga discriminatoria puede proyectarse sobre cualquier materia o condición de trabajo; sin embargo, de otro, viene en proteger solo un aspecto de la libertad sindical, cual es el de la afiliación sindical que, por cierto, es una de las causas más frecuentes de discriminación.

- El Convenio 135, del 25 de Junio, de 1971, sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa, establece, a sus efectos, en su artículo 3º, que.: "...la expresión representante de los trabajadores comprende las personas reconocidas como tales en virtud de la legislación o prácticas nacionales, ya se trate: a) De representantes sindicales, es decir, representantes nombrados o elegidos por los sindicatos o por los afiliados a ellos; ó b) De representantes electos, es decir representantes libremente elegidos por los trabajadores de la empresa...". Este Convenio prevé que los repre-

sentantes en referencia, "deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarles, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales; de su obligación al sindicato o de su participación en la actividad sindical..." - artículo 1º -.

De otro lado, además, contempla las facilidades que de -- conferirse a tales representantes para el desempeño de sus actividades, en orden a las particularidades del país y empresa de que se trata, sin perjuicio de funcionamiento eficaz de aquélla -artículo 2º -.

Los preceptos referidos comprometen la concesión de una - protección especial para los supuestos que explicita, así como las formas de viabilizar las actividades de representación; este Convenio constituye un significativo complemento de las fórmulas originales de protección general antidiscriminatoria.

- La Recomendación 143 OIT, del 23 de Junio de 1971, versa, esencialmente, sobre la misma materia del último citado convenio; prevé, igualmente, quiénes pueden ser objeto de protección específica, en términos análogos al Convenio 135; delega la delimitación numérica a la legislación de cada país. Introduce la sugerencia, punto 7.1, de ampliar la cobertura de protección contra los - actos discriminatorios antisindicales que recaigan sobre los candidatos o que han sido presentados como tales a la elección o al nombramiento de representantes de los trabajadores, así como aquellos que cesaron en sus funciones de representación, delegando la determinación y precisión de tal protección a las prácticas nacionales, vale decir, legislación, contratos colectivos, etc.

Se trata de posibles ampliaciones de cobertura personal - por razón de circunstancias, cuyo origen está en el ejercicio del derecho de presentación colectiva; está visto en la práctica que los supuestos indicados constituyen casos particularmente expuestos a discriminación; el consenso es general sobre la justificada y necesaria protección en tales supuestos; el plazo de duración es,

ordinariamente de un año para el último de los mencionados.

A todo esto, es pertinente traer a colación el criterio - recogido en el Convenio 111, artículo 5.1, que dispone: "Las medidas especiales de protección o asistencia prevista en otros convenios o recomendaciones adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo no se consideran como discriminatorios".

De otro lado, la Recomendación No.143, punto 6, deja ver una singular prioridad entre las medidas de protección, dice: "Cuando no existan suficientes medidas apropiadas aplicables a los trabajadores a los trabajadores en general, deberán adoptarse disposiciones específicas para garantizar la protección efectiva de los representantes de los trabajadores".

Tal enunciado ratifica que la protección específica a que se refiere, concierne a un aspecto esencial de la libertad sindical; serían incoherente e innecesario, existiendo de por medio el Convenio 98 OIT - de cobertura personal y material general - y el Convenio 135 OIT - de la misma oportunidad y materia que la Recomendación-, si no estuviera dirigida a proponer medidas concretas para los representantes de los trabajadores, las mismas que se refieren al supuesto de terminación de la relación de trabajo. Tales sugerencias, constituyen la justificación fundamental de la Recomendación y, en tal sentido, rebasa el contenido del Convenio 135.

Dada la materia a que ellas conciernen, se expondrán en - el subtítulo pertinente; no obstante, que dicho que el sentido - de cada una de tales previsiones se da en la medida en que configuran garantías contra el despido discriminatorio antisindical de -- los representantes de los trabajadores.

- Criterios del Comité de libertad Sindical. Con relación al contenido de los citados convenios, el Comité de Libertad Sindical, en interpretación y conjugando tales instrumentos, ha señalado: "Uno de los principios fundamentales de la libertad sindical - es que los trabajadores gocen de protección adecuada contra los ac

tos de discriminación antisindical en relación con su empleo -tales como despido, descenso de grado, traslado y otras medidas perjudiciales- y que dicha protección es particularmente necesaria -tratándose de delegados sindicales, porque para poder cumplir sus funciones sindicales con plena independencia deben tener la garantía de que no serán perjudicados en razón del mandato que detentan del sindicato. El Comité ha estimado que tal garantía en el caso de los dirigentes sindicales es necesaria también para dar cumplimiento al principio fundamental de que las organizaciones de trabajadores han de contar con el derecho a escoger a sus representantes con plena libertad (16); y, asimismo, que, "una de las maneras de asegurar esa protección consiste en prever que tales delegados no puedan ser despedidos durante el ejercicio de sus funciones ni durante cierto lapso siguiente al fin de su mandato, salvo, naturalmente, en caso de culpa grave" (17); agregando, de otro lado, que ello "no implica necesariamente que el hecho de detentar un mandato sindical confiera a su titular una inmunidad -contra el despido..." (18).

#### 1.4.5.- Normas de la OIT sobre la terminación del contrato de trabajo

Dado nuestro tema, es preciso conjugar los aspectos relativos a los actos discriminatorios antisindicales y su protección con las normas internacionales a que se refiere este artículo. Sobre el particular, encontramos el Convenio 158 OIT del 22 de Junio de 1982, en la actualidad, pendiente de ratificación por parte de los países miembros de la Organización, bajo la denominación de -"Terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador", regula diversos aspectos de dicha materia, que orientarán las subsiguientes disposiciones nacionales sobre el particular. - Aludiendo a sus lineamientos generales para aproximarnos a la concepción que conlleva, se incidirá, especialmente, en sus previsiones y repercusiones sobre los despidos discriminatorios antisindicales.

Establece su artículo 4; "No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos de que exista para ello - causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio".

La introducción de "causa justa" como premisa para la resolución del contrato de trabajo, entendida aquélla como incumplimiento del trabajador o en necesidades de la empresa, traduce un - régimen de estabilidad laboral cuyos principios ilegitiman la libre decisión del empresario sobre el particular. Cabe resaltar, de otro lado, que se omite mención sobre el grado de gravedad de la incapacidad o falta del trabajador.

El artículo 5 dispone: "Entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes:

- a) La afiliación o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo, o, con el consentimiento del empleador durante las horas de trabajo;
- b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad..."

Tales enunciados constituyen previsiones de despidos discriminatorios antisindicales (aun cuando no se les denomine así). Es evidente que el ejercicio de libertad sindical en todos sus aspectos (como en el caso de cualquier otro derecho...) no constituye causa justa para la terminación de la relación de trabajo, de modo que los referidos incisos responden al enfoque de la discriminación antisindical desde el punto de vista de dicha terminación, como un reforzamiento de la protección dispensada a la libertad - sindical frente al derecho de permanencia en el trabajo.

Escapan a dichas previsiones otros supuestos del ejercicio de los derechos sindicales de carácter esencial, como el derecho de creación de sindicatos, el derecho de no afiliación, etc., los cuales también pueden dar lugar al despido discriminatorio antisindi-

cal en cuanto su afectación sea causa real de la terminación del - contrato de trabajo. No cabe, entonces, interpretar tales incisos como excluyentes, sino como protección complementaria de la esta--blecida por el Convenio 98 OIT y otros consagradorios de la liber--tad sindical, antes comentados.

Veamos la incidencia de las demás disposiciones del Convenio respecto de nuestro tema.

Señala el artículo 7: " No deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a me--nos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conce--da esta posibilidad". Es esta una norma de protección cuyo carác--ter preventivo tiene reconocida eficacia. Aconsejan esta medida no sólo razones de equidad sino también de economía procesal; el procedimiento previo proporciona la considerable ventaja, en el - supuesto de discriminación antisindical, de tener la posibilidad de dilucidar la justificación del despido sin interrumpir el ejer--cicio de los derechos sindicales.

El artículo 9.2. a) prevé la posibilidad de aplicar la - inversión de la carga de la prueba, en cuanto contempla que ante la impugnación de un despido injustificado, "... incumbirá al em--pleador la carga de la prueba de la existencia de una causa justi--ficada para la terminación, tal como ha sido definida en el artí--culo 4..."

Esta disposición permitiría ante la justificación del - despido, descartar la posibilidad discriminatoria antisindical; - caso contrario, se definiría el despido como injustificado, pero no así como discriminatorio antisindical, lo cual se ha omitido - contemplar tanto para considerar criterios adicionales de prueba como para los efectos singulares que a él corresponden.

El artículo 10 prevé, en caso de despido injustificado, la posible sustitución de la readmisión por el "pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se le considere apropiada". En el fondo, disposiciones de este alcance traducen una concepción que admite un posible régimen donde la terminación de la relación de trabajo es libre pero indemnizada.

Ello, frente a la falta de previsión de la viabilidad probatoria de los despidos discriminatorios antisindicales y de sus efectos, resalta que el tratamiento de los despidos injustificados no es equiparable al que corresponde a aquéllos; el Convenio, pues, no ofrece, tampoco en tal sentido, una regulación adecuada.

Finalmente cabe resaltar la paradoja de dichas omisiones respecto de los considerandos que justifican el Convenio. En su párrafo 4to. se refiere a: "... los graves problemas que se plantean en esta esfera como consecuencia de las dificultades económicas y de los cambios tecnológicos sobrevenidos durante los últimos años en gran número de países", y, son precisamente tales "dificultades" las que agudizan ciertos riesgos contra "la eficacia de los sindicatos respecto de sus objetivos tradicionales de proteger los empleos existentes (y por lo tanto sus nóminas de miembros)...", según, de otro lado, está señalado en el último informe (1982) , - sobre la situación social en el mundo de las Naciones Unidas.

La crisis económica tiene múltiples implicancias, entre otras, condiciona el mercado de trabajo y demuestra incidencia en el ejercicio y desarrollo de la libertad sindical (en tal sentido, refiere el citado informe que, con motivo de la recesión económica los sindicatos tienden a ver reducida su influencia, y que en Europa Occidental y América del Norte el número de miembros ha estado bajando constantemente -p.-201).

La postura y acción de los Gobiernos es decisiva y exige priorizar los intereses en juego, esto es, los derechos y deberes implicados, lo cual no escapa de la carga o tinte político. El

Convenio 158 OIT asume frente a dicho contexto una posición en la que atiende a la "estabilidad laboral" bajo una óptica en la que no tiene previstas, en concordancia con las pretensiones de protección integral de la libertad sindical, medidas antidiscriminatorias específicas; es más, las regulaciones que para la terminación de la relación de trabajo contiene, comprometen las posibilidades y eficacia reales de dichas pretensiones.

La Recomendación n° 119 OIT del 26 de Junio de 1963, relativa a la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, resulta el antecedente directo del Convenio 158, y constituye por su rango, materia expresamente complementaria a tener en cuenta; expresamente señala que no deberían constituir causa justificada para dicha terminación, entre otras: " la afiliación a un sindicato o la participación en sus actividades fuera - de las horas de trabajo, o con el consentimiento del empleador durante las horas de trabajo;... (y) ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en dicha calidad...".

En realidad el contenido esencial de esta recomendación está dirigido a plantear la existencia de la causa justa para la terminación de la relación de trabajo, de modo que su texto sólo prevé parcialmente nuestro tema, en los términos indicados. Incluso puede agregarse que poco sentido práctico tiene dicha previsión, cuando el reconocimiento de los derechos sindicales goza de máxima amplitud y jerarquía jurídica; su adecuada y efectiva protección no consiste en establecer enunciados reiterativos y de alcance parcial, sino en viabilizar tal protección en su máxima amplitud posible, con el establecimiento de normas sustantivas procesales que constituyan mecanismos idóneos de regulación que correspondan a la trascendencia del tipo de despido de que se trata aquí.

De otro lado, la Recomendación 143 OIT, según lo anunciado, sugiere la adopción de "disposiciones específicas para garantizar la protección efectiva de los representantes de los trabajadores", con precisiones concretas referidas al supuesto de termi-



nación de la relación de trabajo.

Tales son entre otras, punto 6.2:"..d)... el establecimiento de una reparación eficaz que comprenda, a menos que sea contrario a los principios fundamentales de derecho del país interesado, la reintegración de dichos representantes en su puesto, con el pago de salarios no cobrados y el mantenimiento de sus derechos adquiridos;

e) imponer al empleador, cuando se alegue que el despido... o cualquier cambio desfavorable en sus condiciones de empleo tiene carácter discriminatorio, la obligación de probar que dicho acto estaba justificado...".

Las medidas recomendadas son contundentes y, en su conjunto, constituyen un mecanismo que cubre los aspectos vitales de protección contra el despido discriminatorio antisindical; la referida en el punto d) es definitiva en cuanto a la eficacia de todo el conjunto; a su vez, está condicionada de manera significativa por la regla probatoria del punto e).

Esta recomendación, frente a la concepción del Convenio 158 OIT, resalta que la protección contra el despido discriminatorio antisindical está prevista de modo integral, hasta sus últimas consecuencias, sólo para los representantes de los trabajadores y que la protección de carácter general adolece de medidas integrales que sacrifican, en buen grado, su real eficacia. No obstante, cabe advertir también que en cuanto se trata de una recomendación solo constituye una orientación opcional en la creación de normas e interpretación de éstas, lo que obviamente relativiza su fuerza en el contexto estrictamente jurídico.

## 2.- En el régimen Jurídico de España

### 2.1.- En las disposiciones constitucionales -

Los preceptos constitucionales que son sustento del tema de este subtítulo se han venido tratando en capítulos anteriores y son los contenidos en los artículos 1.1, 7, 9.2, 10.1-2, 14, - 28.1, 35 y 38, sin considerar ahora sus respectivas vinculaciones con otros preceptos.

Dentro de los cuatro primeros, ubicados en el Título Preliminar, el artículo 1.1, se ha visto, expone los valores superiores sobre los que se apoya y desarrolla el ordenamiento jurídico español cuyo sustento primordial, a su vez, se encuentra en el reconocimiento de la dignidad de la persona; éste es el supervalor que otorga la debida dimensión y alcance a los preceptos constitucionales que se citan; así lo explicita el artículo 10.1 al señalarlo: "... fundamento del orden político y de la paz social", -- enunciado con el cual se inicia el Título I de los derechos y deberes fundamentales.

De otro lado, los derechos contenidos en los artículos - 14 y 28.1 cuentan con un marco de reconocimiento internacional que constituye fuente de creación e interpretación de las normas positivas. En tal sentido, el artículo 10.2 establece que la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España son referencia interpretativa de los derechos y libertades fundamentales que reconoce la -- Constitución; los convenios de la OIT sobre el presente tema, son, entonces, fuente de compromiso jurídico que contienen pautas y -- orientaciones concretas para el tratamiento legal de los actos -- discriminatorios, entre otros, los que tengan por causa la actividad sindical en cualquiera de sus aspectos y deriven en la terminación del contrato de trabajo por decisión empresarial en el ejercicio indebido de los poderes inherentes a su condición.

La Constitución, pues, ofrece los sustentos suficientes para evaluar la trascendencia de tales violaciones y atender la protección de los derechos en cuestión, dentro de las diversas - posibilidades por las que pueden ser transgredidos, así como los mecanismos de cobertura y eficacia que equitativamente correspondan al nivel jerárquico de tales derechos. Las relaciones laborales han de regularse de acuerdo a la concepción axiológica plasmada en la Constitución; así, los casos concretos han de regirse con las normas, reglas y criterios derivados de aquella.

## 2.2.- En las disposiciones legales -

### 2.2.1.- Los actos discriminatorios según el Estatuto de los Trabajadores.

El ET, a través de sus artículos 4.2c y 17.1 comentados particularmente en el capítulo primero, regula el derecho a no - ser discriminado por razón de afiliación o no a un sindicato y, en sentido general, la prohibición de discriminación en las relaciones laborales, respectivamente. El segundo precepto mencionado establece: "Se entenderán nulos y sin efectos ... las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones - favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornadas y demás condiciones de trabajo, por circunstancia de ... adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos..."; - ofrece, pues, cobertura general de protección contra la discriminación, tanto en el ámbito personal como material.

El artículo 17.1 ET, sustituye con su amplio enunciado el Decreto No. 1878/1971 de 23 de Junio - artículo 8.1 que, a su vez, había sustituido el Decreto No. 1484/1966 de 2 de Junio - artículo 6.1-, ambos sobre garantías de los trabajadores que desempeñan cargos sindicales, así como el artículo 32 del Decreto 17/1977 de 4 de Marzo, sobre relaciones de trabajo, que disponía: "... en ningún caso tendrá la consideración de causa justa para

el despido:... a) la pertenencia a una asociación sindical o la participación en las actividades legales de la misma; b) ostentar la condición de representante de los trabajadores o la actuación en dicha calidad, dentro de lo establecido en el ordenamiento jurídico..."; la respectiva derogatoria opera en aplicación de la disposición final tercera del ET.

La prohibición general de discriminación contenida en el artículo 17.1 ET comprende a todos los trabajadores y, se sustenta fundamentalmente en el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución, el mismo que a efecto de nuestro tema rige en concordancia con la versión material de dicho principio, artículo 9.2 C y el derecho de libertad sindical, artículo 28.1 C.

El artículo 17.1. ET es fundamental en el estudio y regulación de los despidos discriminatorios antisindicales; aquel establece los efectos a que están sujetos, cuyos alcances deben, necesariamente, plantearse frente al tratamiento que el ET dispensa a las diversas posibilidades por las que el empresario puede extinguir el contrato de trabajo, los presupuestos de justificación y los efectos del despido injustificado.

#### 2.2.2.- La extinción del contrato de trabajo por el empresario -- según el ET.

Bajo la denominación del presente subtítulo, entendido, según el profesor Alonso Olea como "... la terminación del vínculo que liga a las partes con la consiguiente cesación definitiva de las obligaciones de ambas" (19), el ET, en su sección cuarta, capítulo III, regula a través de doce diversas causales, contenidas en el artículo 49, la extinción del contrato de trabajo; dentro de ellas, las de voluntad unilateral por parte del empresario son las siguientes:

- "...8.- Por fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo;
- 9.- Por cesación de industria, comercio o servicios en forma definitiva fundada en causas tecnológicas o económicas, siempre que aquella haya sido debidamente autorizada conforme a lo dispuesto por esta ley;
- ...11.- Por despido del trabajador;
- 12.- Por causas objetivas legalmente procedentes".

Tales posibilidades, en razón de sus causales, resultan agrupables de modo que: a) los numerales 8 y 9 responden a causas extraordinarias que afectan a un colectivo; b) el numeral 11 responde a motivos disciplinarios; y c) el numeral 12, a causas objetivas que afectan a un trabajador individual. Los casos comprendidos en el grupo a) cuentan con la singularidad de que la extinción del contrato de trabajo tiene efecto previa constatación y autorización respectiva, esto es, después de acreditadas las razones justificatorias indicadas, bajo pena de nulidad.

Cabe resaltar que el ET ha procurado utilizar la expresión "despido" sólo para el supuesto en el que la terminación del contrato de trabajo sea por motivos disciplinarios. No obstante, a efecto de nuestro estudio se habrá de rebasar un tanto dicho planteamiento en el sentido que se considerarán formas directas e indirectas de configurar la extinción del contrato de trabajo por parte del empresario, bajo las denominaciones de despidos directos e indirectos y, concretamente, cuando conlleven carga discriminatoria antisindical.

#### A.- Por causas económicas, tecnológicas y de fuerza mayor.

Están reguladas por el artículo 51 ET, se trata de una previsión que posibilita, en primera instancia, la suspensión del contrato de trabajo, pero si la trascendencia de cualquiera de las mencionadas causas lo justifica, procede la extinción del vínculo laboral.

El precepto está pensado con relación a la afectación de la continuidad de las relaciones de trabajo de un colectivo; la necesaria extinción del contrato de trabajo a nivel individual, - está prevista con relación a las causas denominadas objetivas, - que se verá posteriormente.

La extinción del contrato de trabajo por las razones --- enunciadas en este subtítulo está sujeta a un procedimiento de - consulta y/o constación de hechos y autorización administrativa. Dentro del período consultivo de este procedimiento se establece que el acuerdo de las partes afectado por dolo, coacción o abuso de derecho, es nulo de oficio o a instancia de parte -numeral 5-; efecto que si bien coincide con el de los actos objeto de nues-- tro tema, razón por la que se menciona, la afectación por discriminación antisindical no está expresamente prevista; su regula-- ción vendría del artículo 17.1. ET en aplicación extensiva y, -- complementariamente quedaría incluido dentro de los supuestos ge nerales mencionados.

El procedimiento presupone un período de constatación -- previo a la autorización que, por su propia razón de ser, descar ta prácticamente casi toda posibilidad lejana, susceptible de di lucidarse en el correspondiente procedimiento de impugnación.

Cuando la urgencia y naturaleza del caso de fuerza mayor re ducen las diligencias propias del procedimiento ordinario - para la autorización de despidos, el supuesto del discriminatorio antisindical está sujeto a la misma improbabilidad que el caso - anterior, y a la misma dificultad de prueba por existir constata ciones justificatorias de por medio.

En caso de crisis parcial, prevé el citado artículo - nu meral 9 - en concordancia con el artículo 68 b) ET el derecho de prioridad de permanencia para los representantes legales de los trabajadores; quedan comprendidos dentro de ellos, según expresa

disposición del citado precepto, los delegados de personal y los miembros del Comité de Empresa; se ejerce el derecho respecto de quienes ostentan la misma categoría profesional y no respecto de todos los trabajadores. El incumplimiento de esta norma facilita la prueba de la posible discriminación, de modo que el empresario está llamado a acreditar haber cumplido con conferir la reconocida prioridad, caso contrario surge la fuerte presunción de tal discriminación. Resáltese que los representantes sindicales no están incluidos en la comentada garantía, cuestión que, indudablemente, incide en nuestro tema y es materia a tener en cuenta.

El artículo 51 ET, en cualquiera de los casos que regula, por el procedimiento que exige, constituye, respecto de los posibles despidos discriminatorios por razón del ejercicio de cargos de representación, una norma protectora de carácter preventivo y, por ende, de significativa eficacia, y complementaria a las prohibiciones discriminatorias previstas en el ET.

#### B.- Por causas objetivas

Previstas por el artículo 52 ET, a través de cuatro supuestos. Aún cuando éstos están calificados bajo la denominación del subtítulo, los dos primeros incisos responden, fundamentalmente, a la incapacidad subjetiva del trabajador, y en su conjunto -tienden a un carácter general. En contraposición con los anteriores supuestos comentados, éstos se aplican a casos individuales.

El despido por causa objetiva ha de efectuarse por medio de comunicación escrita, señalando la causa y un preaviso con una antelación correspondiente a la antigüedad del trabajador en la empresa, según lo indicado por el señalado precepto; asimismo, simultáneamente, debe ponerse a disposición del servidor la indemnización equivalente a veinte días de salario por año, prorrateándose el período inferior a un año. Estos requisitos son de carácter esencial, de modo que su omisión invalida el despido, excepto la omisión del preaviso que es sustituible por el pago de los salarios



BIBLIOTECA

equivalentes.

El efecto de estos despidos es el de la extinción del -- contrato de trabajo en forma condicionada hasta la caducidad del plazo de 20 días previsto para la interposición de acción impugnatoria. Antes de dicho plazo, e impugnado el despido, éste está -- sujeto a los posibles efectos de nulidad (por incumplimiento de -- requisitos...), procedencia (justificación de la causa del despido), o improcedencia (injustificación de la causa...), que son, -- esencialmente, los mismos que en caso de despido disciplinario -- que se procede a tratar.

Dada la flexibilidad que revisten las causales previstas como "objetivas", dentro de las que el inciso a) presenta notoria amplitud, surge una vinculación de este hecho con la factibilidad probatoria de un posible despido discriminatorio antisindical; de modo que, acreditada cualquiera de aquellas, se descartaría este último; probar su existencia sería en tal caso, carga de casi imposible realización para el trabajador. En el supuesto contrario, al margen de la causa invocada, no acreditada ésta y habiendo invocación discriminatoria antisindical de por medio, surge la presunción de su existencia, sin perjuicio de la prueba de otros hechos que contribuyen a consolidar tal presunción, es decir, se viabiliza la solución del despido discriminatorio antisindical; los efectos han de estar sujetos a los que a éste corresponden, y no necesariamente los que corresponde al despido improcedente o incluso al nulo por incumplimiento de formalidades legales; la indemnización que en el despido por causa objetiva se abona, sería un pago a cuenta de otro posible resarcimiento -- económico posterior, si ese fuera el caso, o está sujeta a devolución si el despido es nulo (por su carácter discriminatorio...) y se materializa la readmisión. (artículo 53.56 ET).

#### Ç.- Despido disciplinario

Unico caso en el que ET utiliza la expresión de despido-



de modo directo; trata de la extinción del contrato de trabajo - por decisión empresarial por incumplimiento grave y culpable del trabajador. El artículo 54, bajo la denominación de este subtítulo, en su punto 1, conjuga en los términos indicados, el despido como facultad resolutoria del empresario por incumplimiento de la otra parte, con la noción de sanción disciplinaria por falta laboral, ambas con las connotaciones referidas.

En su punto 2, señala seis causales por las que puede canalizarse este despido, referida por el profesor Alonso Olea como "una relación de incumplimientos contractuales" (20), los que clasifica como defectos en la prestación básica, en la disciplina, y en la conducta. Si bien, como señala dicho autor, resulta innecesario plantear la disyuntiva de si la lista del artículo 54 ET es limitativa o no, en tanto que la amplitud de su relación, en especial la de los incisos b) y d), y las innumerables decisiones judiciales permiten incluir "todos los tipos de incumplimiento --contractual del trabajador" (21), se entiende, de carácter grave y culposos; de otro lado, si resulta asunto de significancia, en cuanto, indirectamente, se vincula a la dificultad probatoria del despido discriminatorio antisindical, es decir, mientras los incumplimientos contractuales del trabajador que posibilitan un despido disciplinario se encuentren dentro de un amplio campo de posibilidades indenominadas, la prueba de aquel se flexibiliza en la misma magnitud, lo que condiciona la demostración de la posible carga discriminatoria, es más, la descarta. En un régimen --donde el despido es causal, la solución de un despido discriminatorio antisindical se dará por descarte, esto es demostrando la causa justificatoria del despido; si las causas previstas tienden a ser amplias y en su aplicación, crecen aún más en amplitud, el descarte del despido discriminatorio antisindical será tan rápido como pueda ser la demostración de cualquier incumplimiento --del trabajador; no se pierda de vista sobre el particular, que contextos como el referido inciden directamente en la eficacia de las normas antidiscriminatorias; en este sentido, es directa la -

vinculación de nuestro tema con las reglas existentes para la -- terminación del contrato de trabajo.

El efecto de un despido disciplinario, caducado el plazo legalmente previsto para su impugnación, es el de extinción del contrato de trabajo; en el supuesto de la oportuna acción contra aquel, la resolución podrá declararlo nulo, por incumplimiento u omisión de la notificación escrita del empleador al trabajador indicando los motivos y fecha del despido, con readmisión inmediata del trabajador y abono de los salarios dejados de percibir; acreditada la no admisión o la admisión irregular, se dispone el pago de indemnización de 45 días de salarios por año de servicio hasta un máximo de 42 mensualidades - artículos 211 y 212 de la Ley de Procedimiento Laboral (en adelante LPL). El despido será proce--dente cuando se acredite la causa alegada por el empresario que ocasiona la extinción definitiva del contrato de trabajo sin derecho a pago alguno; será improcedente cuando no se demuestre el incumplimiento invocado para el despido, en cuyo caso surge la op--ción a favor del empresario de readmitir el trabajador o abonarle una indemnización de 45 días de salario por año de servicio, pro--rrateándose el periodo inferior a un año, hasta un máximo de 42 - mensualidades, y al pago de una suma igual a los salarios dejados de percibir..., según lo dispone el artículo 56 ET; coinciden pues los efectos, a nivel práctico, del despido nulo y los del improce--dente.

Los efectos de dichos despidos exigen diferenciación de - los que corresponden a los discriminatorios antisindicales, en razón de su naturaleza, esto es, de los derechos afectados en uno - y otro caso, para determinar el tratamiento legal que corresponde a cada cual, viabilizando idoneamente su prueba y esclareciendo - el alcance de los efectos respectivos. La amplitud de las causas del despido disciplinario, la opción arriba indicada a favor del empresario, y los alcances de los efectos legales referidos, - exigen un esfuerzo especial para demostrar la existencia del des--pido discriminatorio antisindical, tanto por la flexibilidad de -

dichas causales, en su letra y en su aplicación, como por los - - efectos últimos previstos cuando la causa invocada en el despido no se acredita y tampoco se materializa adecuadamente la readmisión.

En consecuencia, según las normas comentadas del ET y de la LPL, el empresario puede siempre ultimar la terminación del -- contrato de trabajo, en cualquier circunstancia, justificada o no, cumpliendo las formalidades legales o no, ya que, en última ins-- tancia, la readmisión en el puesto es sustituible por el pago de una indemnización, con lo cual el carácter de la estabilidad labo-- ral, entendida ésta como derecho de permanencia en el puesto sal-- vo la existencia de causa justa, en el ordenamiento laboral espa-- ñol, es estrictamente relativo; cuestión que, naturalmente, tiene incidencia en los despidos discriminatorios antisindicales.

### 2.2.3.- El despido discriminatorio antisindical directo en el con-- texto del ET

Sin insistir más en la definición de despido discriminato-- rio antisindical ni en las modalidades de su materialización, ex-- presados ya en la parte 1 del capítulo, se procede a comentar su posición en el ordenamiento laboral.

Se ha dicho, que el artículo 17.1 ET cumple con propor-- cionar cobertura general contra la discriminación, tanto en el - ámbito personal (a todos los trabajadores...), como en el mate-- rial (respecto de cualquier decisión o acto..), incluyendo la re-- gulación de sus efectos ("se entenderán nulos y sin efectos.."). Ahora bien, de la confrontación de dicho precepto prohibitivo, - que incluye tácitamente el despido discriminatorio antisindical, con las normas estatutarias referidas a la extinción del contrato de trabajo por decisión unilateral del empresario, cabe resaltar lo siguiente:

1.- Que dentro de las posibilidades expuestas para la terminación

de la relación de trabajo por causa justa, la que concierne a las de orden económico, tecnológico y de fuerza mayor, en tanto exigen un procedimiento previo de constatación y autorización, el - despedido discriminatorio antisindical es una posibilidad remota; - el citado procedimiento representa una medida preventiva de protección de reconocida eficacia, lo que también se puntualizó en - la parte 1.

2.- Que la existencia del sistema causal de despido soluciona el discriminatorio antisindical por descarte, con la demostración de la causa justa del despido. Si las causales son amplias y su aplicación flexible, la demostración de la causa justificatoria se aligera significativamente, lo cual influye directamente en el "descarte" del despido discriminatorio antisindical.

- La solución del despido discriminatorio antisindical por descarte, con la justificación del despido, es una prueba indirecta y - relativa de su inexistencia, máxime cuando al margen para dicho - descarte es amplio, pero es vía válida para la terminación del -- contrato de trabajo. Si no se demuestra la causa justa del despido o no se cumplen las formalidades solemnes que se exigen, y -- existe invocación de carga discriminatoria antisindical, para concluir en ello, con todos sus efectos, el demandante tendría a su - cargo la demostración de presupuestos de base que den lugar a presunciones lo suficientemente fuertes que lleven a deducir dicha - discriminación.

3.- Que, los efectos previstos para los despidos improcedente y nullo, no corresponden idoneamente al despido discriminatorio antisindical, tanto respecto de la posibilidad de readmisión (insustituible...) como respecto de la indemnización, según se especificará - seguidamente.

4.- Las medidas protectoras contra el despido discriminatorio antisindical exigen:

- a) Previsión de normas que oriente adecuadamente formas para su prueba, a fin de no institucionalizar que la única vía es la de descarte, pues está visto que ello opera sólo en determinados presupuestos, quedando pendiente otros para la viabilización de su demostración. Ha de asumirse, en orden al elemento subjetivo de nuestro tema que su prueba tiene objetivas y diversas dificultades, de modo que ha de ser plenamente admisible para la mayor aproximación a su demostración, la existencia del juego de presunciones, evaluando las circunstancias concretas del caso en razón de las situaciones conocidas como propicias y de los factores incidentes en la discriminación antisindical, así como la labor interpretativa de los indicios, señalados en la parte 1 de este capítulo.
  
- b) Consolidar, legal o jurisprudencialmente, la concepción de que el despido discriminatorio antisindical corresponden los efectos de nulidad radical, esto es, la ineficacia del despido con la readmisión en el puesto de trabajo sin posible sustitución indemnizatoria a opción del empresario, cuestión que ha sido evidenciada por jurisprudencia constitucional que se comentará posteriormente.
  
- c) Que la indemnización por despido discriminatorio antisindical (con la consecuente ruptura del vínculo laboral) ha de ser opción del trabajador; a efecto de la determinación de su monto ha de tenerse en cuenta la naturaleza de los derechos afectados los que, según se ha indicado anteriormente, difieren sustancialmente de los que dan lugar a la indemnización por despido improcedente prevista en el ET, o a la compensatoria por no readmisión o admisión irregular, señalada en la Ley de Procedimiento Laboral -artículos 211 y 212- cuestión que no está prevista legalmente y que es menester considerar especialmente a efecto de la determinación del monto indemnizatorio, pues la "opción" es alternativa derivada de la naturaleza de los efectos de nulidad radical.

5.- Que, por encima de las concretas previsiones que pueden darse para el despido discriminatorio antisindical, en cuanto significa terminación de la relación de trabajo, aquellas están estrechamente vinculadas a las regulaciones generales que en esta materia se tienen dispuestas. De modo que, la concepción real que ellas conllevan pueden suponer viabilización o condicionamiento para la - - efectiva protección del despido discriminatorio antisindical.

2.2.4.- La extinción del contrato de trabajo por incumplimiento contractual del empresario y el despido discriminatorio - antisindical indirecto

Con relación a la figura comentada en la primera parte como despido discriminatorio antisindical indirecto se advierte que aun cuando no se utilice dicha expresión en el ET, éste tiene prevista la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador ante el incumplimiento grave de las obligaciones contractuales del empresario.

Las causas justas para la extinción del contrato de trabajo por parte del trabajador, están contenidas en el artículo 50.1 ET, a través de tres supuestos, el último de los cuales confiere - apertura a la lista que aquellos conforman por el carácter general que posee, según los términos arriba expresados.

Se ha dicho que las relaciones laborales constituyen una fuente amplia de diversas posibilidades discriminatorias, las que normalmente conllevan cierta apariencia de licitud que, en gran - parte, deriva del ejercicio de las potestades empresariales. Cuando éstas rebasan sus propios límites, comentados en el capítulo - III, el acto es injustificado, con efecto perjudicial hasta lo venjatorio para el trabajador; si aquél, además, conlleva carga discriminatoria antisindical de carácter grave, el incumplimiento - contractual y la violación de derechos fundamentales del trabajador, por parte del empresario, aquel estaría autorizado a extinguir el contrato de trabajo con los efectos indemnizatorios previstos para los despidos discriminatorios antisindicales directos.

Se han tratado en el capítulo anterior, con cierto detenimiento, los alcances y regulaciones del ejercicio de los poderes empresariales en las relaciones laborales a fin de delimitar el campo y forma lícita en el que aquellos pueden darse y, como contraparte, determinar el ámbito susceptible de los actos injustificados, lo que a su vez nos permite llegar a los que son objeto de nuestro tema.

De otro lado, se han señalado como formas discriminatorias frecuentes las que se materializan a través de traslados, modificación de condiciones de trabajo y despido, cuya gravedad de alguna forma puede resultar evidente por el grado de afectación e incidencia en la situación laboral del trabajador; no obstante, todos los actos empresariales que contengan carga discriminatoria han de ser objeto de la declaración de nulidad. Por aplicación del artículo 17.1 ET todos dichos actos son, pues, nulos; sin embargo, interesa resaltar aquellos que conducen la relación de trabajo, forzosamente, a su terminación. A tal efecto, se traen a colación los criterios expresados en la parte 1 para determinar la gravedad de los actos discriminatorios que tienen por causa impedir el libre ejercicio de los derechos sindicales, esto es, tanto respecto de los derechos laborales afectados, el grado de perjuicio, como la reiterancia de los actos de menor transcendencia.

El artículo 50 ET en su punto 2 señala que en los casos en que se extinga el contrato de trabajo por los supuestos de incumplimiento contractual del empresario, referidos en su punto anterior : "... el trabajador tendrá derecho a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente".

En otros términos, se trata de una equiparación de efectos, análoga a la exigencia entre el despido injustificado directo y el indirecto. Con igual criterio, y habiéndose sostenido que los efectos del despido improcedente no corresponden al despido discriminatorio antisindical, cuando éste resulte ser indirecto, esto es, por incumplimiento contractual grave del empresario que -

que tenga carácter discriminatorio antisindical que justifique la terminación de la relación laboral por el trabajador, habrá de suponer los efectos indemnizatorios del despido discriminatorio antisindical directo (esto es, cuando no hay readmisión y ésta es sustituida por resarcimiento económico).

Los actos discriminatorios que no equivalgan a causa justa para la extinción del contrato de trabajo por el trabajador están, se ha dicho, sujetos a nulidad, lo que supone la consecuente restitución de derechos, sin perjuicio del posible resarcimiento económico a que hubiere lugar. Dado que los despidos discriminatorios - antisindicales no están expresamente previstos en las normas estatutarias, su regulación es deducible de la concepción recogida en éstas; y, sus alcances y efectos últimos del pronunciamiento constitucional del 23 de Noviembre de 1.981 que se comenta y de los antecedentes existentes.

#### 2.2.5.- Protección de los representantes de los trabajadores

Está prevista fundamentalmente por el artículo 68 ET, bajo la denominación de "garantías"; aquél dispone una cobertura personal que comprende a "los miembros del Comité de empresa y delegados de personal, como representantes legales de los trabajadores", no se refiere, sin embargo, a los delegados sindicales, quienes solo están previstos en el proyecto de ley orgánica de libertad sindical antes comentada (Cap. II).

La cobertura material a que se refiere el citado precepto, configura un régimen especial de despido que consiste, en primer lugar, en la garantía de la apertura de expediente contradictorio para la imposición de sanciones por faltas graves o muy graves; explícitese dentro de éstas, la suspensión del contrato de trabajo y el despido; la omisión de dicho requisito supone la pena de nulidad -artículo 111 LPL-; y, su cumplimiento, en aquél último caso, concluye precisamente en la terminación del contrato de trabajo, sin perjuicio, claro está, de posterior impugnación.



Otra garantía, derivada de la citada, consisten en la opción del trabajador, en caso de que el despido sea finalmente declarado improcedente, de solicitar la readmisión sin posibilidad de sustitución indemnizatoria -artículo 56.3 ET-; la readmisión -sólo podrá quedar sin efecto por acuerdo de partes, con una compensación económica no inferior a la reiteradamente señalada por despido improcedente.

Se reitera, ahora en calidad de garantía, inciso b), el decreto de prioridad de permanencia en la empresa a favor de los trabajadores representantes en referencia, en caso de suspensión o extinción de contratos de trabajo por causas económicas o tecnológicas, entendiéndose además la causa de fuerza mayor por aplicación del artículo 51.9 ET, así como los supuestos del artículo 40.5 ET sobre movilidad geográfica, comentado en el capítulo III; dicha prioridad, se entiende, opera, respecto de trabajadores de la misma categoría profesional y no así de todos los trabajadores.

El inciso c) del precepto en comentario consigna la garantía denominada por el profesor Alonso Olea como "... inmunidad relativa en cuanto a las actuaciones legítimas del representante como tal..." (22); consiste en no poder ser despedido ni sancionado durante el ejercicio de las funciones de representación hasta un año después de terminado tal período, salvo que se incurriera en incumplimiento grave y culpable de sus obligaciones que den lugar al despido disciplinario, o, a opción del empresario, a sanción menor, esta garantía se dirige a proteger al trabajador, a diferencia de las que rigen durante la representación que, fundamentalmente, en primera instancia, pretenden proteger el interés colectivo.

El precepto contempla otras garantías que si bien no están directamente vinculadas al supuesto de terminación del contrato de trabajo del representante, constituyen garantías para el desempeño de sus actividades, cuyo incumplimiento por el empresario revestiría en estos casos mayor gravedad que en cualquier otro de un trabajador común, es decir, la violación de tales derechos permitiría

presuponer la existencia de discriminación. Tales garantías se refieren a la libertad de expresión colegiada en materias concernientes a la esfera de la representación, así como al crédito de horas mensuales retribuidas para el desempeño de las funciones de representación, según la escala prevista legalmente; -incisos d) y e), respectivamente.

La cobertura de protección dispensada por el artículo 68 ET ha de entenderse adicional a la de carácter general del artículo 17.1 ET contra los actos discriminatorios, de modo que los enunciados de aquél, como el consignado en el inciso c) -última parte- sobre la prohibición discriminatoria en la promoción económica o profesional en razón del desempeño de la representación habría que entenderse especialmente reforzada, y su incumplimiento tendría carácter grave; esto, pensando también en los incumplimientos contractuales graves del empresario con carácter discriminatorio y en sus consecuentes efectos, anteriormente comentados.

Las garantías estatutarias en comentario, en efecto, responden a las recomendaciones y normas internacionales previstas para la protección especial contra los actos discriminatorios, pero solo respecto de los miembros del Comité de Empresa y delegados de personal (representantes "electos" según los denomina el Convenio 135-OIT); los representantes sindicales no están incluidos en el artículo 68 ET y concordancias, sólo les concierne, como al resto de trabajadores, las previsiones de los artículos 4.2 c y 17.1 ET de protección general; es preciso, desarrollar legislativamente, a los efectos en comentario, los preceptos constitucionales 14 y 28.1; y así; además, dar cabal cumplimiento al citado Convenio.

#### 2.2.6.- Criterios establecidos por la jurisprudencia constitucional. Breve comentario

##### A.- Sentencia del Tribunal Constitucional del 23 de Noviembre de 1.981

El referido pronunciamiento (23) constituye el más claro

y categórico que en materia de despidos discriminatorios antisindicales existe; establece una significativa doctrina en materia de protección antisindical y de representación colectiva; traduce los alcances de la protección discriminatoria a que se refiere la Constitución y el ET, así como los efectos de aquélla. En realidad, esta sentencia contiene un cúmulo de cuestiones, todas muy ilustrativas, pero aquí sólo se incidirá en las que están estrechamente vinculadas con nuestro tema central que es, precisamente, el fondo de la demanda y de su resolución.

La citada sentencia se pronuncia aplicando los artículos 10.2, 14 y 28 de la Constitución, sobre dos despidos efectuados - por razones económicas e impugnados como discriminatorios por los demandantes, quienes ostentaban la condición de candidatos para la elección de representantes de los trabajadores.

El Magistrado de Trabajo falló la nulidad por omisión de las formalidades legales para el despido, señalando, además, que los recurrentes no habían acreditado la discriminación invocada. Fundamentalmente, con tales argumentos, y tal reparto de prueba, omite el cuestionamiento sobre la violación de los derechos constitucionales y de los supuestos discriminatorios en su aspecto de fondo. El Tribunal Central de Trabajo confirmó en suplicación el referido pronunciamiento de instancia.

En el recurso de amparo los demandantes solicitan la nulidad radical de los despidos, en orden a su naturaleza discriminatoria, esto es, con la restitución integral de sus derechos y, en consecuencia la readmisión en el trabajo, sin posibilidad de sustitución indemnizatoria ; sustentan la demanda de amparo invocando infracción de los artículos 14, 28 y 24 de la Constitución.

Dejando pendiente los cuestionamientos sobre la intervención del Tribunal Constitucional en orden al carácter de las violaciones invocadas como a las facultades que le confiere su ley orgánica; y, asimismo, omitiéndose comentario sobre las observaciones formuladas en el tratamiento que dispensó a los hechos del

proceso, se procederá a incidir en los criterios que establece sobre la forma de demostración y efectos del despido discriminatorio antisindical.

1.- Partiendo de los mandatos contenidos en los artículos 14 y 28.1 de la Constitución, si bien señala que el artículo 17.1 ET en un precepto de cobertura general en el que, por ende, están incluidos los recurrentes, no resuelve exclusivamente en base a él. Considera, adicionalmente, que la condición de candidatos para la representación colectiva, es situación que cuenta con refuerzo especial de protección, por lo que alude al Convenio 135 OIT como a la Recomendación 143 OIT, en calidad de criterios interpretativos y orientativo, respectivamente.

2.- Se afirmó en la sentencia constitucional: "... la cuestión es más que un problema de igualdad, un problema de libertad sindical ...", ello, llevó a la exigencia de dilucidar si efectivamente se había violado tal derecho fundamental o no, respecto de lo cual se resaltó lo siguiente:

- a) Que el empresario no había cumplido con su carga de acreditar debidamente las causas por las que despidió a los trabajadores (al omitir el procedimiento previo legalmente previsto para despedir por causas económicas...), por lo que se afirmó, en principio, la injustificación de los despidos; y, seguidamente: "... adquiere relevancia la acusada causa oculta";
- b) Que la condición de los recurrentes (candidatos...) era un hecho demostrado que suscitaba una presunción, reforzada por la oportunidad del despido (proximidad a las elecciones...). En base a tales premisas se acoge fundada la alegación de discriminación.

3.- El Tribunal Constitucional, considerando las reglas de inversión de la carga de la prueba, señaló: "Un principio que opera en el tratamiento de las reglas de la prueba, apoya la conclusión de que asuma el empresario la carga de probar los hechos generadores

de la extinción de la relación laboral...", luego de considerar los despidos injustificados y acogiendo las presunciones antes referidas, con lo cual asumía, a la vez, la objetiva y gran dificultad probatoria de los elementos subjetivos del presente caso, consideró que los despidos eran discriminatorios antisindicales.

4.- Bajo dicha calificación, resuelve por la nulidad radical de los despidos, propia en caso de violación de derechos fundamentales de la persona, por lo que indicó: "... comporta necesariamente la readmisión excluyéndose toda facultad de opción ejercitable por el empresario". La importancia y sonoridad de esta sentencia, de otro lado, se explica porque al no existir un tratamiento específico e integral de los despidos discriminatorios antisindicales, se ha visto obligada a resolver un asunto de violación de derechos fundamentales, diferenciando, indirectamente, su alcance de los despidos injustificados o improcedentes, llegando a criterios y conclusiones que, si bien teóricamente eran comprensibles y admisibles, los ha volcado en una realidad práctica concreta, con la fuerza y desde un nivel de máxima jerarquía jurídica.

#### B.- Sentencia n° 78/1982 del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional a través de la sentencia en referencia, del 20 de Diciembre de 1982, ratificada por la del día 22 siguiente (24), efectúa una significativa interpretación del artículo 28.1 de la Constitución con relación al despido de trabajadores representantes.

Aun cuando esta sentencia incurre en el uso indistinto de los términos "representante sindical" y "representante de los trabajadores", cabe esclarecer que la condición del demandante, en realidad, era la de esta última, cuestión que ha de tenerse en cuenta (.) para evaluar el alcance real de este pronunciamiento, con la debida interpretación de su texto.

Se señala, fundamento jurídico 3° "la cuestión de fondo

se circunscribe a determinar si la resolución impugnada ha vulnerado el artículo 28.1 de la Constitución al no reconocer al actor el derecho al ejercicio de las funciones de representación sindical (.) durante el tiempo que transcurra entre la sentencia de Magistratura declaratoria de la improcedencia de su despido y la que dicta el Tribunal Supremo en recurso de casación interpuesto contra la misma".

A tal efecto, se procede a determinar el alcance del citado precepto constitucional, de acuerdo con el artículo 10.2 de la Constitución y, por ende, en concordancia con los Convenios 87, 98 y 135 de la OIT. Estos dos últimos, se indica, configuran un régimen especial de protección que "se traduce en nuestro derecho en un régimen especial de despido", esto es, que "la relación laboral no puede ser extinguida por el empresario por su voluntad, a diferencia del régimen general, precisamente para facilitar el - - ejercicio de los derechos de representación" - fund. jur. 5 - párrafos 5º y 6º.

De otro lado, por aplicación del artículo 227 de la LPL - señala que el abono de la retribución a que este obliga (esto es, cuando la Magistratura declara la nulidad o improcedencia del despido y el empresario interpone alguno de los recursos autorizados por la Ley...), "acredita la existencia de una relación de trabajo", y, "existiendo tal relación ha de concluirse que subsiste el derecho de representación". Paralelamente, vincula este planteamiento con el sentido y finalidad de los artículos 56.3 del ET y el 212 de la LPL (relativos a la opción existente a favor de los representantes de los trabajadores para la readmisión en el trabajo en caso de despido, a su carácter obligatorio, y términos de requerimiento para la reposición, respectivamente).

En base, fundamentalmente, a tales considerandos concluye, en que "la resolución impugnada, al revocar la de Magistratura que declaró el derecho del actor a ejecutar su función de representante de los trabajadores..., no se ajusta al artículo 28.1 de la - -

Constitución"; con lo cual, pues, reconoce el derecho del demandante a ejercitar sus funciones de representante de los trabajadores mientras se sustancia el recurso de casación interpuesto por la empresa.

Importa resaltar de lo indicado; 1.- El amparo constitucional otorgado a los representantes de los trabajadores por aplicación extensiva del artículo 28.1 de la Constitución; y 2.- La determinación del alcance del citado precepto, en estos casos de despido, a efecto de la no interrupción de las funciones de representación. Ello, crea precedentes significativos con relación a las garantías que deben consolidarse frente a posibles despidos discriminatorios.

De otro lado, cabe advertir la coherencia del pronunciamiento con el contenido del Convenio 135 OIT, sin efectuar una aplicación directa de éste, en cuanto equipara la condición de los representantes de los trabajadores (la de los sindicales y la de los representantes electos, según términos distinguidos y, a la vez, equiparados por dicho Convenio), a efecto de la protección especial que ha de otorgárseles en razón del cargo de representación como función común en ambos casos. Con ello, además, se considera, está abierta la posibilidad de responder a la necesidad de equiparar otras garantías que proceden con motivo del desempeño de tales cargos.

#### 2.2.7.- Otras medidas de protección contra los despidos discriminatorios antisindicales

##### - Garantías jurisdiccionales

Dentro del ordenamiento jurídico español, los derechos previstos en los artículos 14 y 28.1 de la Constitución, objeto central de nuestro tema, así como los demás derechos contenidos en la Sección 1a., capítulo segundo, del Título I, de los derechos y deberes fundamentales, tienen protección ante los tribunales - -

ordinarios por un procedimiento preferente y sumario -art. 53.2-; y , d e otro lado, ante el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo, a los que toda persona tiene acceso en el ejercicio y defensa de sus derechos y legítimos intereses -artículos 24, 53.1, 161.1 b), y 162.1 b) de la Constitución; los alcances de dicha jurisdicción han sido interpretados por el Tribunal Constitucional en el sentido siguiente: "Nada que concierna al ejercicio por los ciudadanos de los derechos que la Constitución les reconoce, podrá considerarse nunca ajeno a este Tribunal..."- Sentencia del 17 de Julio de 1981 - fundamento jurídico 13.

Los derechos que reconoce la Constitución, asimismo, están garantizados por recurso de inconstitucionalidad previsto en el artículo 161.1 a), que procede contra leyes y disposiciones - normativas con fuerza de ley.

El orden sistemático seguido por la Constitución en el re conocimiento de los derechos que establece su Título I, responde, entre otras razones, al grado de garantía y protección que se les dispensa; dentro del cual el derecho del artículo 28.1 goza de especial tutela y, conforme se señaló oportunamente, ha sido de aplicación directa e inmediata tras la vigencia de la Constitución.

La garantía de preferencia y sumariedad a que se ha hecho referencia, supone un desarrollo normativo que se encuentra pendiente de regulación; se señala que, provisionalmente, a efecto - de la atención jurisdiccional de determinados derechos fundamenta les, existe la ley 62/1978 del 26 de Diciembre y su complementario, Decreto Legislativo 342/1979 del 20 de Febrero, cuyo artículo único incluye, entre otros, el derecho de libertad sindical a la ga- rantía jurisdiccional que dispensa la citada ley en el orden penal, contencioso-administrativo y civil; y según la jurisprudencia de - Tribunal Constitucional, en el orden laboral.

Finalmente, cabe indicar que el Texto Refundido de la Ley - de Procedimiento Laboral-Real Decreto Legislativo 1568/1980 de 13 -



Junio, en su Título II regula los procesos especiales y su sección segunda la acción contra los despidos; en tal sentido, los pronunciamientos de la Magistratura y del Tribunal Central de Trabajo - quedan dentro de los alcances de las garantías constitucionales - antes referidas. De otro lado, hay que sumar la previsión específica del artículo 166.3 por el cual procede recurso de casación - contra las sentencias de la Magistratura de Trabajo por despido o extinción de contrato por causas objetivas de trabajadores miembros de Comité de Empresa y delegados de personal, como representantes de los trabajadores.

Cabe agregar que la ley de procedimiento laboral en referencia tiene previsto, en su artículo 50, que es requisito previo para la tramitación de cualquier procedimiento ante la Magistratura de Trabajo, el intento de conciliación ante el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación; lo cual tiene cierto matiz de medida preventiva, por la oportunidad en que se plantea y responde, además, al principio de economía procesal.

Por último, de otro lado, cabe señalar que el Código Penal, en su Libro II, De los delitos y sus penas, Título II, De la Seguridad Interior del Estado, Capítulo II, De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes, dispone en el artículo 177 bis, que : " Los que impidieren o limitaren el ejercicio legítimo de la libertad sindical..., serán castigados con la pena de arresto mayor y multa de..." Asimismo, en el artículo 499 bis, del capítulo de los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo, establece: "Será castigado con pena de arresto mayor y multa... 2º) El que ....., de cualquier (otra) forma maliciosa suprima o restrinja - los beneficios de la estabilidad en el empleo y demás condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores por disposiciones legales".

Agrega el precepto, en su última parte; "Cuando los hechos previstos en los números anteriores fueren realizados por -

personas jurídicas se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que los hubieran cometido o que, conociéndolos y pudiendo hacerlo, no hubieran adoptado medidas para remediarlos. En su caso procederá la responsabilidad civil subordinada de la empresa".

### 3.- En el régimen jurídico de Perú

#### 3.1.- En las disposiciones constitucionales -

Se ha visto que la Constitución peruana, desde su preámbulo y Título I - de los Derechos y Deberes fundamentales de la persona -artículo 2-, se refiere de modo consagradorio al derecho de igualdad de las personas ante la ley. Se ha visto también, capítulo I de este estudio, las implicancias de dicho precepto en el ámbito de las relaciones laborales; no obstante, en este contexto se carece de legislación directa y expresa sobre la igualdad de trato y, por ende, de regulación de los actos discriminatorios.

Asímismo, bajo el referido Título se ha hecho mención del derecho fundamental de asociación, sobre el cual se establece, seguidamente, capítulo V -del Trabajo-, el derecho de sindicación y de libertad sindical, en concordancia con las ratificaciones de los Convenios Nº 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo.

El despido discriminatorio antisindical como expresión discriminatoria frecuente y grave, encuentra sustento constitucional de modo indirecto, en el precepto de tal jerarquía que se refiere a la estabilidad en el trabajo; en tal sentido, el artículo 48, del citado capítulo V, dispone :

"El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo.

El trabajador sólo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada".

Este precepto es explicable y consecuente a la concepción que sobre el trabajo se recoge en la Constitución; el artículo 42 lo reconoce como "... fuente principal de riqueza" y como "... derecho y ... deber social". Agrega, "Corresponde al Estado promover las condiciones económicas y sociales que... aseguren por igual... la oportunidad de una ocupación... En toda relación laboral queda prohibida cualquier condición que impida el ejercicio de los derechos constitucionales de los trabajadores o que desconozca o reba-

je su dignidad.

El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de protección por el Estado, sin discriminación alguna y dentro de un régimen de igualdad de trato.

..."

Bajo tales presupuestos, ha de entenderse el derecho de estabilidad laboral, esto es, como precepto de carácter general, tanto en el ámbito de cobertura personal, comprendiendo a todos los trabajadores, de modo que el despido de cualquier trabajador, como extinción del contrato de trabajo por decisión unilateral del empresario, sólo sea por causa justa.

Por causa justa se ha venido entendiendo, por influencia doctrinal, experiencia internacional y regulación legal nacional, aquel supuesto de incumplimiento del contrato de trabajo por parte del trabajador identificado ordinariamente como falta laboral, sujeta a la máxima sanción disciplinaria, o la existencia de determinadas condiciones económicas, tecnológicas y de fuerza mayor, -- que hacen justificable la terminación de la relación de trabajo en forma de despido.

El precepto constitucional traduce, en primer lugar, un derecho de permanencia en el puesto de trabajo cuyas prestaciones son desempeñadas en relación de dependencia; aquél resulta derivado de la existencia de un contrato de trabajo, no contemplando requisitos adicionales a tal efecto; en consecuencia, la terminación del vínculo laboral sólo deberá darse en razón de los supuestos que la ley tipifique como causa justa, según el lineamiento antes referido, sin que aquella pueda establecer condicionamientos sustanciales que la Constitución no prevé.

Además, el artículo 48, última parte, señala que la causa justa invocada para el despido ha de ser "debidamente comprobada" lo que desde ya, deja ver que la prueba de aquella corresponde al

empresario como directamente obligado, sin perjuicio del sometimiento y cuestionamiento, administrativo o judicial, de dicha decisión.

Es la primera vez que en un texto constitucional se pronuncia sobre la estabilidad laboral del trabajador ; el comentado es un precepto posterior al régimen vigente regulado por Decreto Ley 22126, del 21 de Marzo de 1978; este dispositivo legal será posteriormente analizado para determinar su incidencia respecto de los despidos discriminatorios antisindicales y evaluar su contenido en razón del mandato constitucional.

Bajo un régimen donde los contratos de trabajo estén sujetos, para su extinción por despido, a la existencia de causa justa legalmente prevista y comprobada, la regulación de los despidos - discriminatorios antisindicales tienen mayor cobertura en cuanto su demostración se viabiliza; ello, sin perjuicio de las diferenciaciones correspondientes que imponga la naturaleza de aquellos, especialmente a sus efectos, respecto de los despidos denominados, generalizadamente, como injustificados.

### 3.2.- En las disposiciones legales

#### 3.2.1.- Enfoque del contexto vigente -

El régimen laboral peruano practicamente ha incluido los casos de discriminación dentro del tratamiento que ha dispensado a los actos empresariales injustificados y arbitrarios. Aquellos no se encuentran caracterizados y regulados en forma independiente; las normas de estabilidad laboral dentro del carácter general que ostentan comprenden supuestos como los de nuestro tema.

Las medidas de protección contra los despidos injustificados si bien no han tenido por motivación ni han considerado expresa y directamente los supuestos del despido discriminatorio antisindical, salvo las previsiones específicas y relativas de las Re-

soluciones Supremas nº 23 y 27/1957, a precisarse luego, algunos de sus supuestos y efectos coinciden con las expectativas creadas por el Decreto Supremo N 009 del 3 de Mayo de 1961, expedido con motivo de la ratificación del Convenio 87 OIT - 9 de Diciembre de 1959 -, cuyo artículo 2 establece : "Los empleadores y sus representantes deberán abstenerse de todo acto que tienda a coactar o restringir , en cualquier forma, el ejercicio del derecho de asociación de sus trabajadores y de intervenir en modo alguno en la creación o administración de sus organizaciones sindicales."

El derecho de permanencia en el trabajo ha tenido diversas regulaciones que denotan una secuencia oscilante, de modo que, será ilustrativo exponer brevemente su evolución, esto es, de alguna manera, las causas del régimen vigente. Entonces, el enfoque de la materia que nos ocupa ha de efectuarse desde el punto de vista de la estabilidad laboral, con el paralelo tratamiento de las garantías sindicales previstas a tal efecto.

### 3.2.2.- Antecedentes. Breve referencia.

La Ley 4916 del 7 de Febrero de 1924, del empleado particular, constituye la fuente original de regulación de los derechos del trabajador en caso de despido, entendido éste como la terminación del contrato de trabajo por decisión unilateral del empleador. El despido era libre pero operaba con la limitación de cursar aviso previo (con noventa días de antelación) a quienes habían cumplido tres meses de servicios, salvo que se hubiere ingresado por concurso; su omisión daba lugar al despido intempestivo y al pago de una indemnización equivalente a noventa días de remuneración.

El artículo 2 de la citada ley introdujo la expresión de causa justa de despido y la de falta grave comprendida dentro de aquella, a efecto de determinar que su comisión daba lugar al despido inmediato, con pérdida de los beneficios sociales (entiéndase fundamentalmente por éstos, el derecho a compensación por tiempo de servicios, entre otros, que estableció esta ley).

Dicho precepto se remitía al Código de Comercio, artículo 294, para la determinación de los supuestos de falta grave, que por acción de la jurisprudencia fueron paulatinamente ampliándose dando lugar a las causales de despido vigentes. De otro lado, el reglamento de la ley 4916, Resolución Suprema del 22 de Junio de 1928, artículo 26, explicitó la cobertura legal señalando : "... se considera como despedida directa del empleado la hostilidad manifiesta o velada del principal...", a cuyo efecto, señaló diversos supuestos que dieron lugar a las previsiones legales vigentes bajo la denominación de actos de hostilidad ; constituye la primera regulación del despido "indirecto", según se le denominó en la práctica.

La ley 4916 tuvo también previsto el supuesto de "desmedro de negocios", entendido como pérdida total o parcial del capital (24), para los casos de quiebra, liquidación o traspaso, que podían dar lugar a la terminación del contrato de trabajo justificadamente ; en caso que el desmedro fuera intempestivo se suspendía la obligación del aviso previo; además, en tales supuestos, los beneficios económicos (compensación por tiempo de servicios, etc) quedaban reducidos a la mitad. (25) Tales nociones serían posteriormente sustituidas por la "causas de fuerza mayor, caso fortuito, razones económicas, tecnológicas, ...", en vigencia.

El régimen de los obreros, en estos aspectos, fué asimilado a las normas en comentario, lo que se ratificó por Resolución Ministerial del 22 de Setiembre de 1948 artículos 12, 21 y 41; la diferencia radicaba en que el aviso previo para los obreros era de quince días. (26) El régimen en referencia subsiste hasta la promulgación del Decreto Ley 18471, del 10 de Noviembre de 1970, que establece el derecho de estabilidad laboral para los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada con tres meses de servicios, salvo que hubieran ingresado por concurso. El despido debía darse por causa justa : falta grave o por razones económicas, técnicas, de fuerza mayor o caso fortuito previamente autorizada por la Autoridad de Trabajo.

A efecto de la configuración de falta grave, el D.L. señalaba nueve causales que daban lugar al despido inmediato y justificado, el que debía de sujetarse a determinadas formalidades de carácter solemne, cuyo incumplimiento generaba la invalidez del acto despido y su consecuente nulidad radical.

Este dispositivo legal introduce la significativa innovación de establecer a favor del trabajador, en caso de despido injustificado, la alternativa de optar entre la reposición más el pago por remuneraciones devengadas..., o la terminación del contrato de trabajo con el pago de indemnización más lo equivalente por remuneraciones devengadas. (27).

Los despidos discriminatorios no eran expresamente calificados como tales, implícitamente estaban incluidos dentro de la generalizada denominación de "injustificados"; aquella noción no llegó a tener precisión conceptual ni práctica.

El despido sustentado en causas justas de orden económico, técnico, etc. en tanto requerían de previa autorización, tenían lejana la posibilidad de existencia de carga arbitraria o discriminatoria ; de cualquier forma, las resoluciones autoritativas quedaban sujetas, como el propio acto de despido, a posible impugnación por el trabajador afectado arbitrariamente.

La aplicación del D.L. 18471 impuso evidente rigidez en las relaciones laborales y comprobada reducción de la oferta de trabajo, lo que se acentuó con la incipiente crisis económica surgida en los años de su vigencia.

### 3.2.3.- El régimen del Decreto Ley 22126

El D.L. 22126 del 21 de Marzo 1978, de la estabilidad laboral, en vigencia, sustituye las normas antes expuestas en los términos y condiciones que a continuación se analizan. Señalan sus considerandos : "... la estabilidad en el trabajo, debe contribuir al desarrollo socio-económico del país...; las experiencias obtenidas



durante la vigencia del D.L. 18471 determinan la conveniencia de dictar normas que posibiliten su correcta interpretación y aplicación ..."

A.- Ambito de aplicación (28)

- Regla general : Alcanza a todos los trabajadores, (empleados y obreros) sujetos al régimen de la actividad privada, que laboren 4 ó más horas diarias y para un sólo empleador.

B.- Alcances y formas del despido

Los alcances del D.L. están condicionados al período de tiempo de servicios del trabajador. En tal sentido, las alternativas son las siguientes :

1.- Respecto de los que están en período de prueba -3 meses-, salvo que hubieran ingresado por concurso (29) : el despido es libre y no requiere de formalidad.

2.- Respecto de los que a la fecha de promulgación del D.L. no hubieran cumplido tres años de servicios, pero hubieran superado el período de prueba, 3 meses, (salvo que hubieran ingresado por concurso), esto es, entonces, más de tres meses pero menos de tres años de servicios; considerando la indicada salvedad : el despido requiere de aviso previo cursado notarialmente o por intermedio del Juez de Paz a falta de notario, con 90 días de antelación a la fecha de terminación del contrato de trabajo, cuya omisión da lugar al pago de 90 días de remuneración. En esta etapa el despido continúa siendo libre pero con la limitación señalada.

Esta norma respecto del D.L. 18471 constituye un cambio sustancial sobre el período de tiempo de servicios para la adquisición del derecho de estabilidad.

Respecto de la ley 4916 el nuevo régimen era una actualización de lo que aquella tuvo previsto en materia de aviso previo, lo que prácticamente se ha reproducido en los términos originales.

3.- Después de haber cumplido tres años de servicios ininterrumpidamente, no debe el empleador dar por terminado el vínculo laboral sino por causa justa, esto es, por falta grave, de acuerdo a los supuestos legalmente previstos, o por causas de orden económico, tecnológico, caso fortuito y fuerza mayor.

Bajo el supuesto de falta grave, recogidos en el D.L. en nueve causales que configuren una lista limitativa, cerrada, el despido es inmediato y está sujeto a formalidades de carácter solemne cuyo incumplimiento acarrea la invalidez del despido. Tales, se refieren a la oportunidad del despido respecto del momento de conocimiento de la falta grave (inmediatamente) como al modo en que aquél debe ser comunicado, esto es, por carta notarial, o por medio del Juez de Paz a falta de notario, y con comunicación simultánea a la Autoridad de Trabajo, con la precisa señalización de la falta cometida y la fecha en la que el trabajador debe cesar en sus funciones. La exigencia en estas formalidades en el despido por falta grave reporta la ventaja de facilitar la prueba de la justificación de aquél, en tanto señalizado cualquiera de los supuestos legalmente previstos debe, si fuera el caso, ser demostrada por el empleador.

#### C.- Efectos del despido

1.- Los efectos del despido para quienes cumpliendo las reglas generales a las que se condiciona la aplicación del D.L. 22126, antes señaladas, no tienen tres meses consecutivos de servicios ni han ingresado por concurso, traducen la extinción inmediata del contrato de trabajo.

2.- Quienes cumpliendo las referidas reglas generales tienen tres meses de servicios consecutivos, el efecto del despido con aviso previo es la extinción del contrato de trabajo a los noventa días; en defecto de aquél, la extinción puede ser inmediata con el pago equivalente a 90 días de remuneración.

3.- Para quienes cumpliendo las mismas reglas generales tienen tres años consecutivos de servicios, el D.L. 22126, artículo 6, señala :

"El trabajador que estimare que la causal invocada para su despido es injustificada podrá recurrir a la Autoridad Administrativa de Trabajo si acaso exigiere su reposición o al Fuero Privativo de Trabajo si decidiere la ruptura del vínculo laboral pero condicionada, en este caso, el pago de la indemnización especial..."

A consecuencia de lo indicado, los efectos son :

a) Inmediatos: en cuanto surge para el trabajador el derecho de impugnar el despido bajo las alternativas siguientes : a1) solicitar la reposición en el trabajo más el pago de hasta seis meses por las remuneraciones devengadas desde la formulación de la denuncia hasta la fecha de la resolución que pone fin al procedimiento. (30); a2) optar por la terminación del contrato -e trabajo solicitando el pago de la indemnización "especial" equivalente a doce remuneraciones mensuales que no fueran superiores al monto máximo señalado..., en el artículo 1º del Decreto Ley 21396" (31), por despido injustificado, más el pago de hasta seis remuneraciones computado desde la fecha de interposición de la demanda hasta la expedición de la resolución que concluye el procedimiento. (32)

b) Mediatos : en tal sentido, los efectos están condicionados a la justificación o no del despido, tanto en su aspecto sustantivo como adjetivo ; en primer lugar, de no haberse cumplido con las formalidades legales, el despido es ineficaz, declarándose fundada la denuncia o demanda, según sea el caso, con las posibles consecuencias arriba indicadas. El mismo efecto se da si el despido se ajusta a la forma legal pero no se acredita la falta grave ; a efectos prácticos coinciden, pues, el despido injustificado y nulo.

Dadas las alternativas expuestas, el despido es un acto condicio-

nado al sentido de la resolución - administrativa ó judicial - que se pronuncia sobre su carácter justificado o injustificado. Fundada la denuncia y ordenada la reposición, ésta es forzosa e insustituible por indemnización a opción del empresario (33) ; el pago de hasta seis remuneraciones mensuales, es una sanción al empresario por su incumplimiento de contrato.

La indemnización especial equivaldría a la de daños y perjuicios y el pago de hasta seis meses de remuneración tendría siempre el carácter de sanción.

El plazo de caducidad de la acción de reposición es de 30 días desde la recepción de la carta de despido; y, la acción ante el Fuero Privativo de quince años. (34)

#### D. El despido discriminatorio antisindical frente a los alcances y efectos del D.L. 22126. Consecuencias y posibles previsiones

El despido discriminatorio antisindical no tiene regulación específica en el régimen legal peruano ; éste carece de normas directas de protección general en el ámbito personal ; le resultan -- aplicables algunos efectos del D.L. 22126, en cuanto coinciden los supuestos y requisitos que éste exige, para el efecto de nulidad radical con derecho a reposición (insustituible...)

La posibilidad de nulidad de un despido con la reposición de un trabajo insustituible por una indemnización a opción de empresario, es un efecto que correspondería todo despido discriminatorio antisindical, pero sólo está previsto legalmente para algunos casos de despido injustificado, esto es, cuando los trabajadores, bajo contrato de trabajo, laboran cuatro o más horas diarias, para un solo empleador, y han cumplido tres años consecutivos de servicios.

Los trabajadores que no cumplen dichos requisitos están realmente, desprovistos de toda protección adecuada contra el despido

discriminatorio antisindical. Frente a éstos, la cobertura, en el ámbito personal, debe ser general bajo la sola premisa de la existencia del contrato de trabajo. El supuesto de despido discriminatorio antisindical está vinculado, a efectos prácticos, con el despido injustificado razón por la que un medio para canalizar y hacer efectiva la regulación de aquél, sobre todo para los aspectos de prueba, sería el ampliar la protección contra el despido haciendo extensivo a todos los trabajadores el derecho de permanecer en el puesto salvo la existencia de causa justa, esto es, falta grave o existencia de razones económicas, técnicas caso -- fortuito y de fuerza mayor, de acuerdo a lo previsto, indirectamente, por el artículo 48 de la Constitución; los efectos del despido injustificado podrían ser variables en función de determinados factores, por ej. tiempo de servicios, lo cual sería materia de desarrollo legislativo; de cualquier forma, el Decreto Ley 22126 no corresponde a tales premisas.

Este sería un camino en el que descartando la arbitrariedad se permitiría una mayor proximidad a la descarga de la atribución discriminatoria; en sentido contrario, la prueba de la discriminación antisindical podría en algunos casos, en los que el despido injustificado no tenga efecto de nulidad radical, exigirse la demostración de presupuesto de base de la discriminación (posible situación propicia, condición del trabajador - ver P.I-), como datos y presunciones a ser evaluados por el juzgado.

Respecto de los efectos secundarios, entiéndase por éstos los de carácter económico, las sanciones por las remuneraciones dejadas de percibir, en el caso de despido discriminatorio habrían de ser equivalente a las devengadas desde el momento del despido, en cuanto cesación de la prestación de servicios y de la remuneración hasta el momento de la efectiva reposición, salvo que ésta se dilate por causa ajena al empresario.

Reconocimiento análogo existió para el despido injustificado regulado por D.L. 18471; en la práctica ello tradujo altos costos,

por causa de la demora en la tramitación y solución de denuncias; actualmente, aun cuando se tiene previsto que la solución de aquellas y las demandas del Fuero Privativo debe ser en el término no mayor de seis meses (35), en la práctica no ocurre así y las demoras continúan siendo superiores a dicho plazo; con tal inminente deficiencia puede coexistir la intencionada dilatación del proceso (por parte del empresario), con lo cual el seguro y doblemente perjudicado es el trabajador si el despido es efectivamente injustificado.

Asimismo, el monto de la indemnización especial prevista por despido injustificado no tiene que coincidir con la que corresponde al despido discriminatorio antisindical cuando el trabajador acepta sustituir su reposición por su resarcimiento económico que, para su real equivalencia, debe contemplar la naturaleza de los derechos afectados, los cuales difieren del primer caso, en tanto que aquellos son de carácter fundamental de la persona.

#### E.- Actos de hostilidad. Su regulación.

El D.L. 22126 en su artículo 19, dispone :

"Se considera como actos de hostilidad del empleador o sus representantes en contra del trabajador, los siguientes :

- a.- La falta de pago de la remuneración en el plazo convenido,
- b.- La reducción inmotivada de la remuneración por acto unilateral,
- c.- La exigencia al trabajador de la prestación permanente de servicio en una labor distinta a la habitual, siempre que implique rebaja de categoría;
- d.- El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que, por la naturaleza de su ocupación, hábito o contrato de trabajo, preste servicios con el deliberado propósito de ocasionarle perjuicio ;
- e.- La imprudencia temeraria que afecte la seguridad del centro de trabajo o la salud de los trabajadores;

- f.- Incurrir en acto de violencia, en grave o reiterado faltamiento de palabra en agravio del trabajador; y,
- g.- El incumplimiento deliberado y reiterado por parte del empleador de sus obligaciones legales o convencionales."

Consecuentemente, el artículo 20 del D.L., establece :  
 "El trabajador que se considere hostilizado por cualquiera de las causas a que se refiere el artículo precedente, podrá optar excluyentemente por :

- a.- Formular denuncia ante la Autoridad Administrativa de Trabajo para que cese la hostilidad. Si la denuncia fuere declarada fundada se resolverá por el cese de la hostilidad, además de la multa administrativa...;
- b.- La terminación del contrato de trabajo en cuyo caso interpondrá demanda ante el Fuero Privativo de Trabajo. Si fuere declarada fundada, dispondrá que el empleador abone al trabajador afectado por la medida de hostilidad, una indemnización especial, independientemente de los beneficios sociales y demás derechos que pudieran corresponderle.

Agrega que, la indemnización especial a que se refiere será igual al monto señalado para el caso del trabajador despedido injustamente que opta por la ruptura del vínculo laboral y por el pago de la indemnización equivalente a doce remuneraciones mensuales (la que opera con el mismo tope originalmente indicado, ver nota nº 31).

Aunque del propio texto no se deduce claramente los efectos legales en los casos de hostilidad, previstos en el señalado artículo 20, están igualmente sujetos a los requisitos, tiempo de servicios del trabajador, etc..., que rigen para los casos de despido antes comentados; de modo que lo transcrito se asimila al caso de que el servidor ostente tres años consecutivos de servicios, si tiene menos pero ha superado el período de prueba o ha ingresado por concurso tendrá derecho a lo equivalente a un despido intempestivo, dado que los actos de

hostilidad mencionados equivalen al despido, y éste al ser indirecto, omitiendo por ende el aviso previo, está sujeto al pago de noventa días de remuneración.

En estos casos, es la parte laboral la que decide la terminación de contrato de trabajo, que responde al incumplimiento contractual por parte del empresario. De otro lado, en orden a la concepción de estabilidad laboral recogida en el ordenamiento peruano la lista indicada no es limitativa, según lo deja ver su último inciso; los supuestos señalados constituyen los actos frecuentes y de mayor gravedad en el amplio campo de la hostilización, por lo que equivalen al despido injustificado directo hasta en sus efectos, aun cuando el D.L. no lo califique expresamente como tal, así ha estado configurado desde sus antecedentes - R.S. del 22 de Junio de 1928 artículo 26, que dió lugar a la figura del despido indirecto.

Los actos de hostilidad de menor gravedad a los indicados también dan lugar a denuncia por incumplimiento del empresario de sus obligaciones, de las disposiciones legales y/o convencionales vigentes, así como de los principios generales del Derecho y regla de buena fé que informan al contrato de trabajo, lo que supone, en caso de declararse fundada, la suspensión de la hostilidad y la imposición de multa administrativa; de otro lado, es vía para configurar antecedente de una conducta hostilizante y vejatoria por el empleador; la reiterancia de estos actos confieren carácter grave a la hostilidad y se incluyen dentro del presupuesto del referido último inciso del texto transcrito.

Los actos de hostilidad en comentario, en cuanto conlleve carga discriminatoria antisindical traducirían un despido de tal naturaleza de carácter indirecto. A sus efectos, quedarían sujetos a las alternativas antes señaladas, esto es, en principio, la suspensión de los actos discriminatorios antisindicales con la respectiva multa, y sin perjuicio de posible resarcimiento



económico si así procediera, o la terminación del contrato de trabajo con el pago de una indemnización, cuyo monto tendría que evaluar los derechos afectados con la discriminación antisindical y la forzosa (e indirecta) pérdida del puesto de trabajo, esto es, la magnitud del perjuicio irrogado. Estos efectos serían proce-dentes en cuanto se acreditara el despido discriminatorio antisindical indirecto, con prescindencia, nuevamente, del requisito de tiempo de servicios del trabajador; vale decir, esta cobertura de carácter material ha de ser también general, incluyendo a todos los trabajadores. Una cobertura general, tanto en su ámbito mate-rial como personal, según se ha visto en la primera parte de este capítulo constituye un mecanismo eficaz de protección contra los actos discriminatorios, en tanto cualquier trabajador, en cual-quier circunstancia, puede ser objeto de discriminación antisindi-cal, más o menos grave y más o menos evidente.

#### F.- Carga de la prueba

El Decreto Supremo Nº 006-72 TR, del 30 de Mayo de 1972, regula el procedimiento de denuncias ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, por el cual se canalizan, entre otras, las de "... reposición en el trabajo por despedida injustificada..." - artículo 1.- .

El artículo 34 del citado D.S., de la prueba, dispone :  
"Corresponde a las partes probar los hechos que afirman en la denuncia y contestación y, principalmente :

- a.- Los trabajadores, que existió relación laboral; y,
- b.- Los empleadores, que han cumplido con las disposiciones legales y convencionales de trabajo".

Esta regla, análoga a la del procedimiento ante el Fuero Privativo de Trabajo (36) traduce en su aplicación práctica una serie de matices, autorizados por el enunciado introductorio; regularmente, las atribuciones del trabajador son descargadas por el empresario acreditando haber cumplido con lo que le corresponde;

en materia de despido, según la regulación del D.L. 22126, para justificarlo, deberá presentar la copia del aviso previo, o la demostración de la falta grave por parte del trabajador, o, por último, la resolución autoritativa en caso de crisis total o parcial con la credencial de pago de los beneficios sociales (37), según el caso.

Dentro de un contexto donde sólo es posible dar por terminada la relación de trabajo con causa justa, la prueba está a cargo del directamente obligado con dicha norma, esto es, el empleador. Ello, frente al caso de despido discriminatorio antisindical, permite descartar indierectamente su supuesto. La existencia de normas que protegen la estabilidad en el trabajo exigiendo causa justa para la terminación del vínculo laboral facilitan, por descarte, la solución del reclamo por despido discriminatorio antisindical. La prueba de éste es más compleja, máxime cuando se pretende el efecto de nulidad radical, que puede no estar contemplado para algunos despidos injustificados, tal cual ocurre en la legislación peruana para aquellos que teniendo tres meses consecutivos de servicios no llegan a los tres años; en tal supuesto, la demostración de la discriminación antisindical en el acto de despido -directo o indirecto- exige presupuestos de base constituidos por los hechos concretos del caso que dan lugar a presunciones judiciales a ser interpretadas y evaluadas por el juzgador, sin ser posible establecer una regla estricta al respecto, máxime cuando las normas aplicables impiden realmente que tales presunciones prosperen.

G.- Respecto de las causas económicas, tecnológicas, de fuerza mayor y caso fortuito

Dentro del régimen legal peruano, las referidas causas, además de la terminación de la relación de trabajo, justifican otras medidas menores, cuales son la suspensión temporal -total o parcial- de labores, y disminución de turnos, días u horas de trabajo, alternativas comentadas en sus alcances en el Capítulo III.

En cuanto todos esos supuestos deben ser objeto de verificación y autorización, la posibilidad de que exista carga discriminatoria antisindical, a efecto del despido directo o indirecto resulta remota; no obstante en el supuesto lejano que ocurriera, serían aplicables, a opción del trabajador, las alternativas antes comentadas. Adicionalmente, sobre el particular, el D.L. 22126, en su artículo 22, tiene previsto lo siguiente :

"El empleador sea persona natural o su representante en caso de ser persona jurídica, que mediante disminución o distorsión dolosa de la producción o con actos simulados, falsos títulos, utilizando testaferros o valiéndose de cualquier artificio, causare el cierre del centro de trabajo o lo abandonare para extinguir la relación laboral con sus trabajadores, será reprimido con prisión no menor de tres años...".

Es la medida punitiva más drástica del ordenamiento laboral peruano, cuyos alcances involucran posibles actos discriminatorios que , a través de los recursos señalados, irroguen la terminación del contrato de trabajo; en tales supuestos, de ser la reposición materialmente imposible procedería el resarcimiento económico, nuevamente evaluando los correspondientes derechos afectados y, claro está, la magnitud del perjuicio.

#### 3.2.4.- Otras medidas de protección

- Preventivas. - el Decreto Supremo Nº 003-71 TR del 12 de Julio, tiene previsto la regulación de visitas inspectivas, dispuestas de oficio o a petición de parte, al centro de trabajo para verificar posibles situaciones o condiciones irregulares que pueden ocasionar una denuncia o un conflicto laboral; tienen carácter preventivo y dan lugar necesariamente al levantamiento de acta, en presencia de las partes, que bien puede contener una conciliación entre ellas o puede crear un antecedente a efectos probatorios posteriores.

- Punitivas. - por Decreto Ley 18668, del 1 de Diciembre de 1970,

se regulan la imposición de sanciones económicas, multas, por -- violación de disposiciones laborales; son de necesaria imposi-- ción y, en su monto, están previstas en forma gradual a la gravedad de la violación legal o incumplimiento del empresario.

Por su parte el D.L. 22126, en su artículo 21, establece: "El empleador, sea persona natural o sus representantes, en caso de ser persona jurídica que no cumpla con las resoluciones consentidas o ejecutorias, expedidas por la Autoridad Administrativa de Trabajo, comete delito de resistencia o desobediencia a la autoridad y será sancionado con prisión no mayor de tres años..."

Se agrega a este tipo de medidas, la señalada anteriormente con relación al artículo 22 del D.L. 22126.

#### Protección de los representantes de los trabajadores contra el despedido.

En 1957, durante la vigencia del régimen de despido libre con la sola limitación de aviso previo después de los tres meses de servicios, por Resolución Suprema Nº 23 del 18 de Febrero, los representantes de los trabajadores y miembros de la Juntas Directivas de los Sindicatos no podían ser despedidos durante la trami tación del pliego de reclamos y ejecución inmediata, sino por las causales previstas en el artículo 294 del Código de Comercio, antes citado, - artículo 1º.-

Seguidamente, por Resolución Suprema Nº 27 D.T. del 20 de Abril se dispuso que los personeros de los sindicatos en formación durante el término de tres meses ni los miembros de las Juntas Directivas de los sindicatos establecidos podían ser despedi dos, salvo incurrieran en las causales antes referidas.

Ambas constituyen, además las primeras medidas protectoras contra el despido discriminatorio antisindical, de carácter

específico, esto es, concerniente a los representantes en referencia. En aplicación de tales reglas se estableció lo siguiente :

"El Poder Público reconoce dentro de las normas de justicia el amparo de los derechos sindicales o de seguridad en el trabajo de los dirigentes de las organizaciones de empleados y obreros, cuya nómina haya sido puesta oportunamente en conocimiento de las Autoridades del Ministerio de Trabajo;... Ratifícase el principio de seguridad en el trabajo, de acuerdo con las normas de justicia, de los empleados y obreros que sean dirigentes sindicales y cuya nómina haya sido puesta en conocimiento de las Autoridades del Ramo" (38).

Con posterioridad a la ratificación del convenio No 87 OIT (1959) subsisten las referidas normas con el Decreto Supremo No 009 del 3 de Mayo de 1961, cuyo artículo 2, anteriormente transcrito, constituye el marco general de protección contra injerencias y discriminaciones en el ejercicio de los derechos sindicales.

Con la dación del Decreto Ley 18471, por el cual la terminación del contrato de trabajo solo podía darse por causa justa, falta grave o razones económicas técnicas o de fuerza mayor, la protección específica en referencia, quedó involucrada en esta cobertura general, a efecto de la permanencia en el puesto.

La modificación originada por el Decreto Ley 22126 respecto del requisito de tiempo de servicios para el derecho de estabilidad laboral, según viene rigiendo, llevaron a contemplar el caso de los dirigentes sindicales en forma singular; de modo que, su artículo 33 dispone :

"Los dirigentes sindicales gozarán de estabilidad en el empleo, aún en el caso que no tuvieran el número de años de servicios a que se refiere el inciso b. del artículo 2º del presente Decreto Ley (tres años), salvo que hubieran incurrido en falta grave. El número de dirigentes para cada nivel de organización sindical que gocen de este amparo será determinado por Autoridad Administrativa de Trabajo."

Cabe advertir que si bien el artículo 51 de la Constitución prevé: "Los dirigentes sindicales de todo nivel gozan de garantías...", ello no exclu

ye idonea protección legal para otros representantes de los trabajadores.

El Decreto Ley omitió expresarse sobre "los representantes de los trabajadores", alude sólo a los dirigentes sindicales, con lo cual se crea una justificada interrogante tanto porque aquellos estuvieron precisamente indicados en una protección especial contra el despido - R.S. Nº 23/1957 inicialmente referido, como porque el D.S. Nº 009 prevé la representación colectiva también a través del delegado de personal; dice su artículo 7 : "... En los centros de trabajo con 5 o más trabajadores cuyo número no alcance al fijado en este artículo (20 miembros), pueden elegir en votación secreta y por mayoría, a un delegado que los represente ante su empleador y ante las Autoridades".

Asimismo, el Convenio 135 y la Recomendación 143/OIT, a efecto de la protección que preven, se refieren a los representantes de los trabajadores, entendiendo por éstos a los representantes sindicales y a los electos, es decir, "... los libremente elegidos por los trabajadores de la empresa de conformidad con las disposiciones de la legislación nacional ...", esto, sólo como referencia a la coherente concepción de la OIT en tal materia, puesto que Perú no tiene ratificado dicho convenio.

A efectos institucionales, si bien es cierto que no resulta totalmente equiparable la representación sindical con la simple representación colectiva, a efecto de las responsabilidades esenciales inherentes a los cargos de representación y de los riesgos consecuentes frente al despido discriminatorio antisindical, por representar el interés colectivo, son fundamentalmente, los mismos.

Los términos del artículo 33 - D.L. 22126, en cuanto ámbito personal sobre el que se proyectan, deben guardar correspondencia con los alcances previstos por el D.S. 009 ; la protección especial debería de incluir expresamente a los representantes de los

trabajadores, entendiendo por éstos a los que da lugar el artículo 7 de dicho d.s., conforme también lo ha puntualizado la OIT.

El último párrafo del artículo 33, además, ha suscitado una serie de controversias prácticas a efectos de la determinación de cuántos y qué cargos sindicales gozan de la estabilidad a que se refiere dicho precepto; no obstante, cabe resaltar que su texto se refiere a "dirigentes" y no en general a "representantes" - sindicales, expresión que sugiere una cierta especificación pero que de ningún modo permite una definida orientación (39).

En cuanto al ámbito personal de protección especial, la legislación peruana ha omitido considerar la etapa precedente a las respectivas elecciones, vale decir, a los candidatos para la representación sindical, así como la siguiente a la finalización del cargo, ambas de real riesgo que sería conveniente prever y cubrir según lo aconseja la experiencia internacional.

De otro lado, aun cuando el artículo 33 no lo especifica e incluso parece afirmar que solo procede el despido por falta -- grave, visto este enunciado dentro del contexto integral del D.L. 22126, cabe la terminación (y con mayor razón la suspensión...) del contrato de trabajo de los dirigentes sindicales por razones de orden económico, técnico o de fuerza mayor en tanto el precepto regulador es de carácter general y prevé incluso la liquidación de empresa; aun cuando las decisiones respectivas deben ser autorizadas, no se ha previsto en los trámites correspondientes -- el deseable y justificado derecho de permanencia para tales trabajadores representantes respecto de los demás trabajadores de -- igual categoría profesional.

#### - Efectos del despido del dirigente sindical

Llegada la fecha señalada en la carta notarial de despido para la cesación de la prestación de servicios, el efecto inmediato es el de la terminación del contrato de trabajo en forma condicionada (al sentido de la resolución administrativa o a la caducidad del plazo) y, consecuentemente, la suspensión del ejercicio del cargo sindical; es el mismo efecto de un despido disciplinario ordinario.

De otro lado, se ha dicho antes que el despido discriminatorio antisindical se caracteriza por la índole de su motivación y por el perjuicio objetivo en el ejercicio de los derechos sindicales; esto, respecto de los dirigentes sindicales, y demás representantes de los trabajadores, se acrecienta, tanto como el riesgo que conlleva desempeñar tales cargos; de modo que, los actos discriminatorios antisindicales cumplen su cometido en la medida que afectan e interrumpen el ejercicio de los derechos sindicales, entre cuyas expresiones esenciales está la de representación.

Las medidas protectoras, en tales casos, para su real -- eficacia, requieren ser fundamentalmente preventivas respecto del posible despido directo; éste, sin aquéllas, suspenderían el contrato de trabajo y afectarían, interrumpiendo, el ejercicio de la representación sindical o colectiva, como cuestión principal, con cargo del inminente riesgo y probable posibilidad de que realmente responda a un carácter discriminatorio antisindical.

Por los derechos sindicales en cuestión, especialmente por el interés colectivo representado, y también por la justificada protección especial que merecen los trabajadores que desempeñan cargos de representación, en razón de los inherentes y demostrados riesgos que tales cargos implican, sería preciso que el ordenamiento peruano reforzara sus medidas protectoras impidiendo, en estos casos, el despido directo, a cuyo efecto podría acogerse la fórmula por la cual la decisión empresarial de terminar con la relación de trabajo sea previamente justificada ante la Autoridad de Trabajo para su autorización y consecución, conforme además -- se ha previsto para ciertos casos de excepción.

Estos últimos referidos son los relativos al despido con previa autorización de la Autoridad de Trabajo en caso de disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de la labor, imputable al trabajador y, aun no siendo reiterada, si es colectiva -- (40).



Respecto de la comisión de tal falta grave, añade el precepto regulador, en su parte final, que: "... el ejercicio de licencia representativa no impedirá la aplicación de esta causa"; aclaración por demás innecesaria y hasta incoherente porque el sistema no contempla consideraciones especiales para el despido de los representantes de los trabajadores y, concretamente, la garantía de los dirigentes sindicales, sólo está referida a la exoneración transitoria del tiempo de servicios, según lo antes indicado, a efecto de una inmunidad relativa y razonable.

#### - Garantías jurisdiccionales

La Constitución peruana en su preámbulo, párrafo tercero, - enuncia la decisión de garantizar a través de instituciones estables y legítimas la plena vigencia de los derechos humanos. De otro lado, su artículo 232, capítulo IX -del poder judicial-, Título IV, establece que: "La potestad de administrar justicia emana del pueblo. Se ejerce por los juzgados y tribunales jerárquicamente integrados en un cuerpo unitario, con las especialidades y garantías que correspondan y de acuerdo con el procedimiento que la Constitución y la ley establecen". Seguidamente, el artículo 233 señala las garantías de la administración de justicia; dentro de los diecinueve numerales que contiene, el 1 y 2 se refieren a la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, y a la independencia de su ejercicio, respectivamente.

De otro lado, en el Título V -De las Garantías Constitucionales- el artículo 295 prevé la tutela judicial según lo siguiente; 1.- Acción de habeas corpus en protección de la libertad individual de cualquiera que la vulnere; 2.- Acción de amparo en cautela de los derechos reconocidos por la Constitución, vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona; y 3.- Acción popular por infracción de la Constitución o la ley -por los reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general que expida el Poder Ejecutivo, gobiernos regionales y locales y demás personas de derecho público.

Por su parte, el artículo 296 dispone que el Tribunal de Garantías Constitucionales es el órgano de control de la Constitución, con jurisdicción en todo el territorio de la República y - con competencia para: "1.- Declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, decreto legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravienen la Constitución por la forma o por el fondo; y, 2.- Conocer en casación las resoluciones denegatorias de la acción de habeas corpus y la acción de amparo, agotada la vía judicial".

Frente a dicho contexto, traigamos a colación el anunciado procedimiento por el cual se canaliza la acción de reposición - por despido injustificado. Tal es el procedimiento de denuncias - regulado por el Decreto Supremo 006-72 TR seguido ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, cuyas instancias están previstas - por el Decreto Supremo 003-72 TR del 29 de Febrero; al respecto, - el Decreto Ley 22126 establece en su artículo 29 que: " Las resoluciones que expida la Autoridad Administrativa de Trabajo en última instancia o que quedaren consentidas o ejecutoriadas, resolviendo denuncias sobre reposición en el trabajo, tendrán autoridad de cosa juzgada y no podrán ser impugnadas ante el Poder Judicial".

En principio, todas las resoluciones administrativas pueden ser impugnadas ante el Poder Judicial, según lo prevé su ley - orgánica -Decreto Ley 14605- en los artículos 11 y 12; pero, según lo arriba indicado, precisamente las relativas a reposición en el trabajo, cualquiera fuere el carácter del despido, vale decir, injustificado o discriminatorio antisindical, queda sujeto a la regla del artículo 29, lo que constituye una flagrante excepción de la - protección judicial que corresponde a las resoluciones administrativas y contraviene los principios y normas constitucionales sobre tutela jurisdiccional antes expuestas.

Aun salvado la positiva intención de economía procesal que motivó dicho precepto, no tiene justificación alguna que derechos -

fundamentales como los que se cuestionan en un despido discriminatorio antisindical, e incluso el derecho constitucional de estabilidad laboral, en caso de despido injusto, estén desprovistos de la protección judicial correspondiente, e indirectamente de la tutela constitucional; ello, traduce una insalvable contradicción.

El comentado artículo 29 es susceptible de observaciones de diferente alcance, esto es, incluso considerando las normas de consecuencia penal que contiene el D.L. 22126; aquí sólo se preten de evidenciar su carácter insconstitucional, con relación al presente subtítulo.

Cuando el vínculo laboral ha terminado las acciones de cobro de beneficios sociales e indemnizaciones se canalizan ante el Fuero Privetivo de Trabajo (Poder Judicial), a través del procedimiento estipulado en el Decreto Supremo 03-80 TR, cuya conclusión abre la posibilidad, en el supuesto correspondiente, la tutela del Tribunal de Garantías Constitucionales, según lo inicialmente referido.

CAPITULO IV.- NOTAS Y CITAS BIBLIOGRAFICAS

- 1.- Palomeque López, M. Carlos.- "Despidos discriminatorios y libertad sindical" p. 45 - Cuadernos Civitas.
- 2.- Alonso Olea, Manuel.- "Derecho del Trabajo" - Facultad de Derecho - Universidad Complutense p. 335 7ma. ed.
- 3.- Suárez González, Fernando.- "La terminación del Contrato de Trabajo" p. 124 - cita no. 207 (Alburquerque Montenegro - Teoria da despedida indirecta - Comunicación al Congreso - Sao Paulo extractada de Revista de Derecho del Trabajo No. 6) Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia.
- 4.- Almansa Pastor, José M. .- "El despido nulo" p. 11 - Ed.Tecnos
- 5.- Suárez González, Fernando.- op. cit. p. 143
- 6.- Alonso Olea, M. .- op. cit. p. 335
- 7.- Conferencia Internacional del Trabajo - Informe VIII - Quincuagésima cuarta reunión - Ginebra 1970 : 8vo. punto orden del día - Protección y facilidades concedidas a los representantes de los trabajadores en la empresa OIT - p. 16.
- 8.- Conferencia Internacional del Trabajo - 39a. reunión 1956 Informe III -parte IV- Informe de la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones - Ginebra - OIT - p. 40.
- 9.- Conferencia Internacional del Trabajo Informe VIII Ginebra - 1970 cit. p. 6.
- 10.- Rodríguez Piñero, Miguel.- "Discriminación y crisis económica" las. Jornadas de Derecho del Trabajo p. 67 - Universidad Complutense de Madrid - Facultad de Derecho - 1984.
- 11.- Oficina Internacional del Trabajo.- "La libertad sindical: un estudio internacional. Traducción A.I. y F.J. Sarper. Ministerio de Trabajo - Madrid - 1979.
- 12.- Caso Perú: Decreto Ley 18668 del 10. de Diciembre de 1970.
- 13.- Alonso Olea, Manuel.- IV Congreso Latinoamericano de Derecho del Trabajo. Tema: Derecho Procesal -- del Trabajo. Ponencia: La carga de la prueba.
- 14.- Muñoz Sabaté, L.- "Técnica probatoria, estudios sobre dificultades de la prueba en el proceso" p.200 201 - Ed. Praxis - Barcelona.

- 15.- González Pérez, Jesús.- "El derecho a la tutela jurisdiccional" p. 159-160. Ed. Civitas - 1984 Madrid.
- 16.- OIT.- "La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración" - Ginebra 2da. ed. 1976 - párr. p. 81.
- 17.- OIT.- "La libertad...." cit. párr.216 - 81
- 18.- Idem - párr. 217 - p. 82
- 19.- Alonso Olea, M.-"Derecho del Trabajo". cit. p. 305
- 20.- Idem - p. 328
- 21.- Idem - p. 332
- 22.- Alonso Olea, M. - "El Estatuto de los trabajadores. Texto y comentario breve" - p. 230 - Ed. Civitas.
- 23.- Publicación en el Boletín Oficial del Estado del 22 de Diciembre de 1.981.
- 24.- Publicadas en el Boletín Oficial del Estado del 15 de Enero de 1.983.
- 25.- Ley 4916 - artículo 6 y Reglamento - Decreto Supremo del 22 de Junio de 1928 - artículo 56.
- 26.- Reglamento de Ley 4916 , cit. - artículo 22.
- 27.- Decreto Ley 18471 artículo 3 y Reglamento Decreto Supremo - No. 001-71 TR del 12 de Abril - artículo 2.
- 28.- Decreto Ley 22126, artículo 2 en concordancia con los arts.- 3,4, 10 y 28.
- 29.- Decreto Ley 14218 de 19 de Octubre de 1962 sobre periodo de - prueba para empleados y obreros.
- 30.- Decreto Ley 22126 art. 6 inciso a) en concordancia con Decretos Supremos nos. 003-72 TR del 29 de Febrero y 006-72 TE - art. 1 - del 30 de Mayo.
- 31.- El Decreto Ley 21396 -artículo 1 estableció el tope de treinta mil soles mensuales a efecto del cómputo de la compensación por tiempo de servicios, criterio que se asimiló para el tope de la "indemnización especial" del art. 6 del D.L. - 22126. Aun cuando dicho monto fue elevado para el beneficio de la compensación en referencia, no tuvo modificación para el caso de la indemnización que se comenta.
- 32.- Decreto Ley 22126 art. 6 inc. b) en concordancia con Decreto Supremo 03-80 TR.
- 33.- Decreto Ley 22126 artículo 21 en concordancia con D.S. 006-72 TR - artículo 60 sobre ejecución de resoluciones.
- 34.- Constitución artículo 49 - que modificó el plazo prescriptorio de tres años que regía a tales efectos, por aplicación - del Código Civil artículo 1168 inciso 4to.

- 35.- Decreto Ley 22126 - artículo 7
- 36.- Decreto Supremo No. 03-80 TR sobre procedimiento laboral ante el Fuero privativo de Trabajo.
- 37.- D.L. 22126 arts. 15 y 16
- 38.- Rendón Vázquez, Jorge.- "Derecho del Trabajo Coletivo" p.326  
Jurisprudencia administrativa - Resolución Directoral No. 496 DT. 23 de Julio 1957 (Normas Legales T. II año 1957 p. 3). Ed. Tarpuy - 1957.
- 39.- Puede estimarse un antecedente ilustrativo la derogada Resolución Suprema No. 4 DT de 9 de Octubre de 1957, cuyo artículo 8 señalaba : " El amparo sindical que protege contra el despido de los dirigentes sindicales, está referido en los sindicatos de base, al Secretario General, Secretario de Defensa, Secretario de Organización, Secretario de Economía, Secretario de Disciplina y Secretario de Prensa y Propaganda, y en los Sindicatos de grado superior, a los miembros de sus juntas directivas...".  
- Con fecha 29 de Enero de 1.980 la Asesoría Jurídica del Ministerio de Trabajo, por Informe no. 012-80-4100, señaló: "La determinación del número de dirigentes para cada nivel de organización sindical que gocen de estabilidad laboral a que se refiere el art. 33 del D.L. 22126, corresponde sea efectuada por la Autoridad administrativa de Trabajo en el procedimiento que verse sobre estabilidad laboral de los trabajadores, teniendo en cuenta a tal efecto el número de afiliados a la organización sindical y el cargo a ser desempeñado por el dirigente". - Tesis "El Fuero sindical" - Gilda Villaran Calderon. Pontificia Universidad Católica del Perú - Junio 1982 p. 94 - Nota no. 45.
- 40.- Decreto Ley 22126 - artículo 8 en concordancia con el art. 4 inciso b) - 2do. párrafo.

## CONCLUSIONES

1.- La dignidad de la persona es sustento esencial de los derechos proclamados y reconocidos por la Declaración Universal de Derechos Humanos y por los instrumentos internacionales que los desarrollan, con los cuales están comprometidos los ordenamientos jurídicos de España y Perú. La igualdad ante la ley es parte de tales derechos y su aplicación implica el derecho de no discriminación, esto es, la prohibición de un trato desigual injustificado en orden, entre otras causas, al ejercicio del derecho de libre asociación y de libertad sindical.

2.- La Constitución española de 1978 mantiene correspondencia con los reconocimientos universales y regionales de derechos humanos, en cuanto propugna la igualdad como valor superior de su ordenamiento jurídico. El principio constitucional de igualdad ante la ley ha de regular la labor del legislador y la del juzgador de modo que ante supuestos de hecho iguales corresponden consecuencias jurídicas iguales, debiendo tener justificación todo tratamiento desigual. El desarrollo legislativo laboral vigente es adecuado a tal principio, en tanto prescribe la prohibición de discriminación en el empleo y dentro de las relaciones laborales y, por ende, toda desigualdad de trato que tenga por causa, entre otras, el ejercicio de la libertad sindical. La jurisprudencia constitucional mantiene correcta interpretación del principio de igualdad en tanto establece que la diferencia de trato ha de tener justificación objetiva y razonable.

3.- La Constitución peruana de 1979 cumple con declarar a todos los hombres iguales en dignidad y establecer que la igualdad ante la ley es derecho fundamental de la persona, premisa sobre la cual determina que el trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de protección del Estado, sin discriminación alguna, dentro de un régimen de igualdad de trato. La normativa laboral carece de preceptos que, en desarrollo del mandato constitucional, expresamente prohíban la discriminación en las relaciones laborales; no obs-

tante, la desigualdad de trato en represalia del ejercicio de los derechos sindicales constituye violación de principios constitucionales, e incumplimiento contractual del empresario en orden a las reglas que informan el contrato de trabajo.

4.- La Constitución española proporciona idóneo reconocimiento al derecho de sindicación y demás consecuentes de la libertad sindical, en cuanto lo establece con carácter fundamental; no obstante, las normas vigentes sobre la materia -Ley de Asociación Sindical de 1 de Abril de 1977- no guardan completa correspondencia con la concepción constitucional al no regular aspectos esenciales derivados de tal derecho; en tal sentido, urge que el precepto constitucional contenido en el artículo 28.1, tenga un desarrollo legislativo adecuado a los principios y alcances inherentes a la libertad sindical, considerándose los acordes criterios jurisprudenciales establecidos por el Tribunal Constitucional.

5.- El ordenamiento jurídico peruano en cumplimiento de sus principios sustentatorios reconoce constitucionalmente el derecho de sindicación y libre creación de organizaciones sindicales, entre otros aspectos de la libertad sindical; la regulación legislativa de la materia, no corresponde adecuadamente a los derechos en referencia, en cuanto establece requisitos sustantivos para el registro de las organizaciones sindicales que tienen efectos limitativos, estos son los porcentajes consignados en el Decreto Supremo 009 de 3 de Mayo de 1961 -artículo 11-, lo que contraviene específicamente el derecho de constituir las organizaciones sindicales que se estimen convenientes, según lo consagró originalmente el Convenio 87 OIT, e impide el pluralismo que es propio y consecuente del libre ejercicio de tal derecho.

6.- Las cláusulas de seguridad sindical constituyen medidas discriminatorias respecto del derecho de acceso y permanencia en el trabajo, y devienen incompatibles con los principios de libertad sindical en tanto condicionan el libre ejercicio de sindicación, entendido éste como derecho de afiliación, de permanencia o



retiro de la organización sindical, y el derecho de no afiliación.

El artículo 28.1 de la Constitución española al declarar en su inciso final que "nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato" conlleva la declaración de inconstitucionalidad de las mencionadas cláusulas de seguridad sindical.

Dentro del ordenamiento peruano el artículo 51, en concordancia con el 57, de la Constitución ambos, prohíben la concertación de la señaladas cláusulas, declarándolas nulas como pactos contrarios de los derechos reconocidos a los trabajadores.

7.- La "mayor representatividad" de unas organizaciones sindicales sobre otras constituye condición indirectamente reconocida por la OIT, en tanto lo asume como criterio para la designación de delegados y consejeros técnicos no gubernamentales para la representación en la Conferencia General, según el texto de su propia constitución. Aquélla como situación justificante de privilegios legitimados ha motivado advertencias del Comité de libertad Sindical en previsión protectora de las organizaciones menos representativas. Como factor resultante de la mayor implantación de unas organizaciones sindicales respecto de otras, es consecuente expresión práctica del derecho de libre afiliación; la regulación legal de tales situaciones de hecho respecto de la actuación y representatividad sindical, es necesaria y debe conjugarse con los principios de pluralismo sindical.

8.- Los principios de libertad sindical, así como el de intangibilidad de las remuneraciones exigen que el descuento de cuotas extraordinarias por gastos de negociación sea previamente autorizado por cada trabajador por escrito y con las especificaciones de monto y forma.

El proyecto español de ley de libertad sindical -artículo 11 - no se ajusta esactamente a tales premisas, de modo que invirtiéndolas, esto es, siendo la negativa del trabajador lo que se expresa en forma inequívoca (y no así la autorización) no se ajusta al menos --

a la que sería interpretación estricta de los principios en referencia.

9.- La prestación de servicios por cuenta ajena cuyos resultados y riesgos son asumidos por el empresario, supone el ejercicio de potestades organizativas que corresponden a aquél. El ordenamiento de las prestaciones de trabajo exige ejercer facultades directivas, reglamentarias y disciplinarias que requieren ser legalmente delimitadas conjugando y jerarquizando los valores y derechos fundamentales que están implicados en las relaciones de trabajo; las normas consecuentes han de responder a criterios de proporcionalidad entre los medios y fines que se pretenden, y su interpretación ha de darse de acuerdo a la realidad temporal vigente.

10.- Una situación de crisis económica influye notoriamente en las tendencias del mercado de trabajo, así como en el cumplimiento de las normas laborales y, por ende, en su eficacia; los preceptos prohibitivos de discriminación requieren, en tal contexto, refuerzos legislativos y jurisdiccionales que viabilicen y protejan en primera instancia, el ejercicio de derechos fundamentales, a través de medios equitativos al riesgo a que están sometidos.

11.- La protección contra los actos discriminatorios, para su eficacia, requiere de amplia cobertura personal y material, que en el ámbito laboral demanda expresa prohibición general de discriminación por la cual queden comprendidos todos los trabajadores respecto de cualquier acto materializable con motivo de las relaciones de trabajo. Dicha protección implica establecer medidas de carácter preventivo, curativo y punitivo que en su conjunto cuenten con tutela jurisdiccional expedita y propia a la jerarquía de los derechos afectados con la discriminación.

12.- Es precisa una protección específica y adicional contra los actos discriminatorios que afecten no sólo a los representantes sindicales, sino también a los representantes de los trabajadores, entendiendo por éstos a los comprendidos en el Convenio 135 OIT,

por la cual además el despido cuente con medidas preventivas y con regulaciones que impidan la interrupción del ejercicio de las funciones de representación, hasta cuando aquél quede definido por sentencia consentida o última.

13.- Las regulaciones del derecho de permanencia en el trabajo y de las posibilidades de extinción del contrato de trabajo, están estrechamente vinculadas al grado de protección y eficacia que se pretenda contra los despidos discriminatorios, de modo que no sólo es preciso diferenciarlos de los injustificados a efecto de su tratamiento, sino asumir previamente que un régimen causal de despido flexible y amplio impide eficaces normas de protección contra los despidos discriminatorios.

14.- Los actos discriminatorios presuponen la existencia de motivación antisindical y perjuicio en el ejercicio de los derechos sindicales; respondiendo aquélla a un carácter subjetivo implica asumir que conlleva gran dificultad probatoria y la casi imposible existencia de prueba plena, de modo que exige prever medidas procesales que viabilicen su demostración, en las cuales tenga cabida probatoria las presunciones e indicios del caso, como medio idóneo de aproximación a la verdad real de los hechos.

15.- El despido discriminatorio antisindical afecta derechos fundamentales de la persona, de modo que su tratamiento legal exige idoneidad en los efectos que han de atribuírseles; ello, en principio, supone la nulidad ex tunc del acto con carácter radical, esto es, desde el momento del despido con la readmisión en el puesto de trabajo sin posibilidad sustitutoria por indemnización. En caso de optarse por la terminación del vínculo laboral (lo cual correspondería al trabajador) el resarcimiento económico ha de determinarse en razón de la categoría de los derechos afectados, los que difieren de los del caso de despido injustificado, no debiendo resultar, en consecuencia, equiparables las indemnizaciones a abonarse en uno y otro caso.

16.- Dentro de un régimen causal de despido se descarta la existencia de carga discriminatoria cuando el empresario justifica, de acuerdo a las normas legales vigentes, tal medida extintiva del contrato de trabajo; sin embargo, cuando no se ha cumplido con dicha justificación, y existe invocación discriminatoria antisindical ha de acogerse una presunción de veracidad que requiere ser reforzada con otras presunciones o indicios que puedan surgir tanto de los hechos del caso, esto es incluso de factores y circunstancias incidentes y propicias, objeto de prueba a cargo del trabajador, como de actos procesales que demandan del juzgador una labor no sólo receptiva sino intelectual en todo el proceso.

17.- Los actos discriminatorios antisindicales graves o reiterados pueden configurar despido discriminatorio antisindical indirecto, en tanto el incumplimiento contractual del empresario lleva la relación de trabajo hacia su "necesaria" terminación por convertirla en insostenible; en tal caso, los efectos económicos han de ser equiparables a los que corresponden al despido discriminatorio directo.

18.- La normativa laboral española carece de previsiones específicas respecto del despido de los representantes sindicales; en tal sentido, el artículo 14 conjugado con el artículo 28.1. de la Constitución requiere de desarrollo legislativo que contemple garantías concretas a favor de aquéllos, a tal efecto, pueden considerarse adecuadas referencias las garantías contenidas en el Estatuto de los Trabajadores concernientes a los delegados de personal y miembros del Comité de empresa, y acogerse a la jurisprudencia constitucional establecida en la sentencia nº 78/1982 de 20 de Diciembre. Ello, además, para dar cabal cumplimiento a lo previsto en el ratificado Convenio 135 OIT.

19.- El decreto Ley 22126 sobre estabilidad laboral no corresponde a los presupuestos contenidos en el artículo 48 de la Constitución peruana en tanto ésta reconoce el derecho de estabilidad laboral

por el cual "el trabajador sólo puede ser despedido por causa justa...", y aquel dispositivo establece requisitos adicionales de carácter sustantivo que limitan el alcance del precepto constitucional.

20.- La normativa laboral peruana no prevé regulaciones específicas de los actos discriminatorios antisindicales; el despido que responde a causas de tal carácter queda inmerso dentro de las normas contenidas en el Decreto Ley 22126, el cual por sus condiciones y requisitos tiene cobertura personal restrictiva. Sólo los trabajadores que tiene una jornada de trabajo de cuatro horas diarias, que laboran para un sólo empleador y tienen tres años de servicios, así como los dirigentes sindicales pueden impugnar un despido como injustificado solicitando la reposición forzosa en el trabajo; en tal medida, son sólo aquellos quienes están adecuadamente protegidos contra el despido discriminatorio antisindical, lo cual no sólo implica cobertura limitada sino transgresión del principio constitucional de igualdad reconocido por los artículos 2-2° y 43 3er párrafo.

21.- El artículo 29 del Decreto Ley 22126 en tanto confiere carácter de cosa juzgada a las resoluciones administrativas recaídas en las denuncias de reposición por despido, constituye violación de los principios y derechos constitucionales sobre protección y tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, así como de los establecidos por la Constitución peruana sobre la administración de justicia.

### Bibliografía

- 1.- Alonso García, Enrique.- "El principio de igualdad del art. 14 de la Constitución Española". Rev. Adm. .Pública. n° 100.V.I
- 2.- Alonso García, Manuel.- "La aproximación a un modelo democrático y el R.D. 17/1977-4 de Marzo" - Instituto de Relaciones Laborales - "Hacia un modelo democrático de relaciones laborales". Varios autores 1980. Colección Forja.  
 "La contratación temporal y la política de empleo". Ponencia en II Jornada Luso-Hispano-Brasilera de Derecho del Trabajo- Salamanca.
- 3.- Alonso Olea, Manuel.- "Derecho del Trabajo" 7a. y 8a ed. Fac. de Derecho. U. Complutense.- Madrid.  
 "El Estatuto de los Trabajadores - Breve comentario" - Civitas. Tratados y Manuales. 1980  
 " Las Fuentes del Derecho y en especial del Derecho del Trabajo" - Ed. Civitas. 1982  
 " De la servidumbre al contrato de trabajo" Ed. Tecnos. 1979  
 " La carga de la prueba" Ponencia en IV Congreso Latino-Americano de Derecho del Trabajo.  
 " Libertad Sindical y derecho de sindicación" en "Sindicatos y Relaciones Colectivas" - Ilmo. Colegio de Abogados de Murcia. 1978  
 " El concepto de Derecho del Trabajo" en "Documentación Laboral n° 2"- 1982 - Asociación de Cajas de Ahorros para las Relaciones Laborales.  
 " Los Pactos de Seguridad Sindical , algunas decisiones recientes" en "Separata- Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas n° 59 y en "Revista Española de Derecho de Trabajo" n° 12 . Ed. Civitas. - 1982

"El Despido". Estudios de Trabajo y Previsión - Madrid 1958

" La Jurisprudencia lenta y suave del Tribunal Constitucional" en Revista de Administración Pública N° 100, vol. I.

- 4.- Almansa Pastor, José M.- "El despido nulo" Ed. Tecnos.1968
- 5.- Alzaga Villaamil, Oscar.- "La Constitución Española en 1978" Comentario sistemático.
- 6.- Aparicio Valdés, Luis.- Comentarios relativos al Convenio - 158 OIT sobre estabilidad laboral. Lima-Perú - 1.982
- 7.- Barrionuevo Peña, José.- "Los sindicatos y las asociaciones de empresarios" en "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución"- Trabajo y Previsión Estudios - Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1980
- 8.- Basile, Silvio.- "Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas" en "La Constitución Española de 1.978" - Estudio sistemático por los Prof. Alberto Predieri y E. García de Enterría.
- 9.- Burneo, José.- "Nuevo convenio OIT sobre estabilidades laborales" - Relaciones de Trabajo Asociación Peruana. - ARI.1.982
- 10.- Camps Ruíz , Luis Miguel.- "Notas sobre la eficacia de los preceptos constitucionales de contenido laboral" En "Revista de Estudios sobre la Constitución Española de 1978" Fac. de Derecho . Univ. de Valencia. Publ. 1980
- 11.- Carro Valmayor, José Luis.- "Contenido y alcances de la competencia del Estado definida en el art. 149.1.1a) de la Constitución" en "Revista Española de Derecho Constitucional n°1" 1981 - Centro de Estudios Constitucionales.

- 12.- Correa, José María.- Reflexiones sobre el despido a la luz de la "Laborens Exercens" - En documentación laboral nº 2. Asoc. Cajas de Ahorros para las Relaciones Laborales.
  
- 13.- Cremades, Bernardo María.- "La sanción disciplinaria en la empresa". Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1969
  
- 14.- De la Villa, Luis Enrique.- "Materiales para el estudio del sindicato" - Cuadernos Laborales IES - Serie Sindicalismo.  
 " Nuevas organizaciones sindicales en España" - Instituto de Relaciones Laborales . Univ. de Zaragoza - Colección - Forja. 1980.  
 " Leyes Laborales" Ed. Akal.
  
- 15.- De la Cruz Bartolomei, H.G.- "Protección contra la discriminación antisindical" - OIT 1a. ed. 1976.
  
- 16.- Durán López, Federico.-"El trabajo temporal" (La Duración del contrato de trabajo) - IES/M.TR-Cuadernos Laborales - Serie legislativa.
  
- 17.- Fernández G., Víctor.- "Pleno empleo vs. estabilidad en el empleo" - Ponencia en II Jornada Luso-Hispanobrasílera.
  
- 18.- Galiana Moreno, Jesús María.- "La vigencia en España de los tratados internacionales de carácter laboral" en "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución" - Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1980.
  
- 19.- García de Enterría, Eduardo.- "La Constitución como norma jurídica" en "La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático dirigido por A. Predieri y E.García de Enterría-Civitas monografías.
  
- 20.- García Pelayo, Manuel.- "El status del Tribunal Constitucional" en "Revista Española de Derecho Constitucional" nº 1 - Centro de Estudios Constitucionales. 1981.



- 21.- Garrido Falla, Fernando.- "Comentarios a la Constitución" - Ed. Civitas.
- 22.- González Pérez, Juan.- " El Derecho a la tutela jurisdiccional" - Cuadernos Civitas . Fac. de Derecho - Univ. Complutense.
- 23.- Jenks, Wilfred.- "Los Convenios y procedimientos de la OIT - en materia de libertad sindical" en "Revista política social nº 72 . 1966. .
- 24.- Jiménez Chornet, Eduardo.-"Los Convenios de la OIT ratificados por España" en "REVISTA Española de Derecho del Trabajo nº9" - Civitas.
- 25.- Martínez Emperador, Rafael.- "Duración del contrato de trabajo" en "Comentarios a las leyes laborales" Revista de Derecho Privado Tomo IV - Estatuto de los Trabajadores. Dir. por Efren Borrajo Da Cruz.  
  
" Medios de solución de conflictos colectivos en la nueva regulación de trabajo" en " Hacia un modelo democrático de las relaciones laborales" Inst. de Rel. Lab. Univ. de Zaragoza. 1978, Colec. Forja.  
  
" Los Órganos jurisdiccionales y la Constitución" en " Derecho del Trabajo y de la SS en la Constitución" - Centro de Estudios Constitucionales. -1.980  
  
" Breves reflexiones sobre la doctrina de la "Laborens Exercens" en "Documentación Laboral nº 2 ". As. Cajas de Ahorros para las Rel. Lab.  
  
" Despido discriminatorio y recurso de amparo" en "Revista Española de Derecho del Trabajo nº 10" - Civitas.
- 26.- Martín Valverde, Antonio.- "Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española de 1978", en "Derecho del Trab. y de la SS en la Const." - Centro de Estudios Constitucionales. - 1.980

"El ordenamiento laboral en la Jurisprudencia del Tribunal - Constitucional" en " Revista de Política Social n° 137 " - Centro de Estudios Constitucionales.

- 27.- Montalvo Correa, Jaime .- "El Derecho de sindicación y la mayor representatividad sindical" en "Estudios de Derecho del Trabajo en Memoria del Prof. Bayón Chacón G." - ed. Tecnos 1980.
- 28.- Montoya Melgar, Alfredo.- "El poder de dirección del empresario" Estudios de Trabajo y Previsión Social - Inst. de Est. Políticos Madrid 1965.  
  
" La estabilidad en el empleo, sus reglas y excepciones" en "Rev.Española de Derecho del Trab." n° 10 - C. Civitas.  
  
" Sindicatos y relaciones colectivas: El derecho de transición" en "Sindicatos y Relaciones colectivas - Ilmo. Colegio de Abogados de Murcia.  
  
" La protección constitucional de los derechos laborales" en "Derecho del Trabajo y de la SS en la Constitución" - Centro de Estudios Constitucionales.
- 29.- Morgado, Emilio.- "Sobre estabilidad laboral" Forum. OIT.
- 30.- Morisi, Massimo.- "Aspectos esenciales de la relación entre Estado y Economía en una Constitución de la crisis" - en " La Constitución Española de 1978" - Est. sist. de A. Predieri y E.García de Enterría.
- 31.- Muñoz Campos, Juan.- " El despido del representante sindical y del candidato a tal" - Ponencia en II Jornada Luso-Hispano brasilera.
- 32.- Muñoz Sabaté, Luis .- "Técnica probatoria -Estudio sobre las dificultades de la prueba en el proceso" . Ed. Praxis. 1983.

33.- Ojeda Avilés, Antonio.- " La libertad sindical" en "Rev. Política Social n°121"- 1979.- Centro de Estudios constitucionales.

" Elecciones a representantes de personal y promoción de los sindicatos más representativos en la Ley n°8/1980" - en Rev. Política Social n° 137 - Centro de Estudios Constitucionales.

" Derecho sindical" Ed. Tecnos. 1980.

34.- OIT - Publicaciones:

"La libertad sindical - Recopilación de las decisiones del Comité de libertad sindical" - Consejo Administración OIT. 2a. edición. 1976.

" La libertad sindical. Un estudio internacional" 1979.

" La OIT. Organización y doctrina. Convenios y Recomendaciones." Ediciones y Publicaciones Populares. Madrid 1977

" Protección y facilidades concedidas a los representantes de los trabajadores de la empresa" Informe de la Reunión 1969-70.

Idem. en 56 Reunión - 1971 . Informe V.

"Acción de la OIT. Problemas y perspectivas. Memoria del Director General. Confer. Inter. del Trabajo 1974 Ginebra.

35.- Plá Rodríguez, Américo.- " La terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador y la seguridad de los ingresos de los trabajadores afectados" Informe del 26-9-82. - OIT.

36.- Palomeque López, Carlos.- "Despidos discriminatorios y libertad sindical" Cuadernos Civitas. 1ª Edición 1983.

" La igualdad y no discriminación en las relaciones de trabajo" - En II Jornada Luso-Hispanobrasileira. Ponencia.

- 37.- Peces-Barba, Gregorio.- "Derecho Fundamental" 4a. ed. - Sección Publicaciones. Fac. Derecho. Univ. Complutense.
- 38.- Prados de Reyes, Francisco Javier.- "Renuncia y Transacción de Derechos en el Estatuto de los Trabajadores" - Rev. Político Social n° 127 - Centro de Estudios Constitucionales 1980.
- 39.- Prados Mordilla, Ricardo.- "Los límites del cristianismo social" En Documentación n° 2 - 1982. Asoc. Cajas de A. para las Relaciones Laborales.
- 40.- Rayón Suarez, Enrique.- "El ámbito de aplicación del derecho sindical y la fundación del sindicato" - En revista de política social n°127 - n°80 - Centro de estudios constitucionales.
- 41.- Ramírez Otárola, José.- "Codificación de la legislación de trabajo y de Previsión Social del Perú".- 2da. ed. 1.963 Lima - Perú.
- 42.- Rendón Vázquez, Jorge.- "Derecho del Trabajo Colectivo" - Editorial Tarpuy 3ª edición Lima - Perú. - 1.975
- 43.- Rivero Lamas, Juan.- "Modificación de las condiciones de trabajo" - En Comentarios a las leyes laborales - El Estatuto - de los trabajadores - Artículo 41. Revista de Derecho Privado dirigido por E. Borrajo D. Tomo VIII.
- 44.- Rodríguez Piñero, Miguel.- "No discriminación en las relaciones laborales". En Comentarios a las Leyes Laborales - ET - Art. 17. Revista de derecho privado. Tomo IV. "El sindicato, lo sindical y las nuevas estructuras sindicales". En Sindicatos y relaciones colectivas - Ilmo. Col. Abog. Murcia. "La - regulación de los despidos disciplinarios. Despido y readmisión obligatoria en el marco legislativo europeo." En "Hacia un modelo democrático de relaciones laborales. Universidad de Zaragoza. de varios autores. Inst. Rel. Lab. 1980. FORJA.

- "El principio de igualdad y las relaciones laborales" En - Revista de política social nº121 - 1979 - Centro de Estudios Constitucionales. "La libertad sindical en la Constitución" En "Los trabajadores y la constitución" de Lyon-Caen, Jean - Maurice Verdier, otros. Sociedad de estudios laborales SEISA.
- 45.- Rodríguez Sañudo, Fermín.- "La negociación colectiva en la Constitución de 1978" - En "Derecho del trabajo y de la Seg. Soc. en la constitución" 1980 - Centro de Estudios Constitucionales.
- 46.- Sagardoy Bengoechea, Juan A.- "Las relaciones laborales en la constitución española". Instituto de Estudios laborales. Sobre derecho del trabajo - Artículo 35 de la constitución. En Comentarios a las leyes políticas dirigido por Oscar Alzaga de V.- Revista de derecho público. Tomo III.
- 47.- Sala Franco, Tomás.- Sobre arts. 39 y 40 del ET. Comentarios a las leyes laborales. Dirigidos por E. Borrajo D. Rev. de Derecho Privado. T VIII
- 48.- Sánchez Agesta, Luis.- "Sistema Político de la Constitución española de 1978" Ed. Nacional. Cultura y Sociedad.
- 49.- Sempere Navarro, Antonio.- "Sobre los Estudios de Derecho del Trabajo en Memoria del prof. Gaspar Bayón Chacón." En - Revista de Política Social nº128 - 1980 - Centro de Estudios Constitucionales.
- 50.- Suarez González, Fernando.- "La Terminación del Contrato de Trabajo" Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia. 1967.
- 51.- Truyol y Serra, Antonio.- "Los Derechos Humanos". Editorial Tecnos. - 1.982

- 52.- Vida Soria, José.- "Sobre artículo 37.2 de la constitución. - En Comentarios a las Leyes Políticas. Dirigidos por O. Alzaga V. Revista de Derecho Público. Tomo III.
- 53.- Villarán, Gilda.- "El fuero sindical". Tesis presentada en - la Pontificia Universidad Católica de Perú. 1982.
- 54.- Wojtyla, Karol - S.S. Juan Pablo II.- "Los Derechos Humanos". 2da. Edición EUNSA Pamplona. - 1982